77565

# Dienst- und Arbeitsverhältnisse Minderjähriger.

---

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

**Konrad Bergemann**
Referendar aus Berlin.

R. RKTV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1918.

Diss. Tübingen 1918.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Tübingen.

Referent: Professor Dr. v. Blume.

26. Januar 1918.

Meiner Mutter!

# Übersicht.

Seite

## § 1.

### Erfordernis der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen.


I. Allgemeines: Begrenzung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, die öffentliche Fürsorge für ihn . . . . . 1
II. Die Person des gesetzlichen Vertreters . . . . . 4
A. Der Minderjährige ist ehelich geboren . . . . . 4
1. Wenn beide Eltern leben, kommt der Vater in Frage.
Ausnahmen: a) für die Mutter: α) bei tatsächlicher oder rechtlicher Verhinderung des Vaters, β) bei Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters, γ) nach der Scheidung auf Antrag;
b) für einen Vormund: α) bei bestehender Ehe im Fall II A 1 a β, β) wenn der Antrag fehlt im Fall II A 1 a γ, oder anderenfalls, wenn die Mutter heiratet, γ) bei Minderjährigkeit der Mutter, δ) nach § 1666 Abs. 1 BGB.
2. Wenn ein Elternteil wegfällt, kommt der Überlebende in Frage.
Ausnahmen für einen Vormund: a) Der überlebende Vater entfällt: α) wegen Verwirkung, β) wegen Ruhens der elterlichen Gewalt; b) die überlebende Mutter ist minderjährig oder c) heiratet; d) der überlebende Gatte ist rechtlich oder tatsächlich verhindert.
B. Der Minderjährige entstammt einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe oder einer Nichtehe . . . . . 7
1. Fall der nichtigen Ehe: a) Unkenntnis beider Eltern, b) Kenntnis eines Elternteils, c) Kenntnis beider Eltern.
2. Fall der anfechtbaren Ehe: a) Unkenntnis beider Eltern, b) Kenntnis eines Ehegatten, c) Kenntnis beider Eltern.
3. Fall der Nichtehe.
C. Der Minderjährige ist unehelich geboren . . . . . 9
D. Die Familienrechtsstellung des Minderjährigen ist durch Rechtsakt geschaffen . . . . . 9
1. Annahme an Kindesstatt.
2. Legitimation: a) durch nachfolgende Ehe, b) durch Ehelichkeitserklärung.
E. Verhinderung des eigentlichen gesetzlichen Vertreters an der Besorgung einzelner Angelegenheiten . . . . . 9


## § 2.

### Der Abschluß des Verdingungsvertrags.


I. Verdingung bei einem Dritten . . . . . 11
A. Die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters . . . . . 11
1. Umfang der Vertretungsmacht: a) Handeln durch unmittelbare Vertretung; b) Handeln durch Zustimmung oder Ermächtigung: α) Zustimmung nach § 108 BGB., β) allgemeine Ermächtigung nach § 113 BGB.

Seite

2. Einschränkung der Befugnisse des Vormundes: a) α) § 1822 Ziff. 6 u. 7 BGB., β) Eingreifen des Vormundschaftsgerichts nach § 113 BGB.; b) Folgerung für § 113 BGB.; c) gilt § 1822 Ziff. 7 BGB. auch im Gesinderecht?
B. Selbständigkeit des Minderjährigen nach § 113 BGB. . . . . 16
1. Umfang der Vertragsfreiheit: a) Begrenzung auf Verdingungsverträge; b) Unerheblichkeit von deren sonderrechtlichen Natur; c) Verhältnis der bei Vertragsschluß hinzutretenden Rechtsgeschäfte: α) Vereinbarung der Vertragsstrafe, β) Vereinbarung der Konkurrenzklausel.
2. Gesetzliche Schranken in der Wahl der Vertragsart: a) nach dem unterliegenden Willen des gesetzlichen Vertreters: α) umfaßt dieser auch den Lehrvertrag? β) Auslegung des Willens des Vormundes; b) unmittelbar durch Gesetz.
C. Verdingung durch einen Dritten . . . . . 22
1. Auf Grund von Vollmacht.
2. Auf Grund besonderer öffentlichrechtlicher Fürsorgepflicht.
3. Durch das Vormundschaftsgericht.
II. Verdingung bei dem gesetzlichen Vertreter selbst . . . . . 24
A. Verdingung im allgemeinen . . . . . 24
1. Notwendigkeit des Pflegers.
2. Umfaßt die Ermächtigung des § 113 BGB. das Kontrahieren mit dem gesetzlichen Vertreter?
3. Kann das Vormundschaftsgericht den gesetzlichen Vertreter zum Selbstkontrahieren ermächtigen?
B. Dienst- und Arbeitsverhältnisse des Hauskindes . . . . . 31
1. § 1617 BGB.
2. Das gewerbliche Lehrverhältnis zwischen Eltern und Kindern.
III. Verdingung des Minderjährigen bei Dienstverschaffungsverträgen . . . . 35
IV. Formvorschriften . . . . . 42
A. Zwingende Formvorschriften . . . . . 42
a) allgemein; b) im Gesinderecht.
B. Formvorschriften, die die privatrechtliche Gültigkeit der Verdingung nicht berühren . . . . . 43
1. Befestigende Formvorschriften: a) beim gewerblichen Lehrvertrag; b) beim Handelslehrvertrag; c) beim Heuervertrag.
2. Formvorschriften zur öffentlichen Kontrolle: a) Arbeits- und Gesindebücher, Arbeitskarten und -zettel, Seefahrtsbücher; b) Verhältnis zwischen § 108 GewO. und § 113 BGB.

## § 3.

## Das Verdingungsverhältnis nach Abschluß des Vertrags.

I. Das rechtsgültige Vertragsverhältnis . . . . . 47
A. Verhältnis zwischen gesetzlichem Vertreter und Minderjährigem . . . 47
1. Selbständigkeit des Minderjährigen nach § 113 BGB.
2. Einwirkungsmöglichkeit durch den gesetzlichen Vertreter.
3. Gesetzliche Einschränkungen: a) § 119a Abs. 2 Ziff. 2 GewO.; b) Lehrlingskündigung.
4. Gilt § 110 BGB. für den verdienten Lohn?
5. Modifizierung des Unterhaltsanspruchs.
B. Verhältnis zwischen gesetzlichem Vertreter und Drittem . . . . . 50
1. Einwirkungsmöglichkeit auf den Vertrag durch den gesetzlichen Vertreter.
2. § 119a Abs. 2 Ziff. 3 GewO.
3. Das Recht des Dienstherrn und der Herausgabeanspruch des Vaters.
C. Verhältnis zwischen Minderjährigem und Drittem . . . . . 54

Seite

D. Die Aufsichtspflicht über den Minderjährigen . . . . . 54
1. Durch Gesetz.
2. Durch Vertrag.
II. Das unwirksame Vertragsverhältnis . . . . . 55
A. Mangel der nach § 1822 Ziff. 6 u. 7 BGB. erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung . . . . . 55
1. Kann der Vertragsgegner Ersatz fordern? a) Anwendbarkeit des § 179 BGB.; b) analoge Anwendung bei Abschluß des Vertrages durch den Minderjährigen; c) keine Haftung des Minderjährigen.
2. Bewertung der von dem Minderjährigen bereits geleisteten Dienste.
B. Mangel der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters . . . . . 57
1. Die Zweifelsfrage.
2. Übersicht über die Literatur: a) Analogie nach § 110 BGB.; b) Oertmanns und c) Riezlers Lösung.
3. Der Grundgedanke des § 346 Satz 2 BGB.
4. Aufrechnungsbefugnis des vermeintlichen Arbeitgebers?
5. Bemessung des Wertes der geleisteten Arbeit.
6. Die Genehmigung des unwirksamen Vertrages zwischen gesetzlichem Vertreter und Minderjährigem.

## § 4.

### Schutz des Minderjährigen gegen ihm schädliche Verdingungen.

I. Allgemeine Schutzvorschriften . . . . . 64
Befugnis des Vormundschaftsgerichts — Mitwirkung des Minderjährigen beim Vertragsabschluß — § 138 BGB.
II. Schutzvorschriften bei bestimmten Verdingungsverträgen . . . . . 68
1. Beim Heuervertrag.
2. Beim gewerblichen Arbeitsvertrag: a) nach der Gewerbeordnung; b) nach dem Kinderschutzgesetz.

# Die angezogenen Schriften.


**André**, Verträge der Eltern über die Erziehung ihrer Kinder. 1905.
**Aron**, Herrschaft und Gesinde. (Gesindeordnung v. 19. 8. 1894 für die Rheinprovinz.)
**Baum**, Das Recht des Arbeitsvertrages. 1911.
**v. Bernewitz**, Die revidierte Gesindeordnung für das Königreich Sachsen. 1898.
**Biermann**, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1908.
**v. Blume**, s. Opet-v. Blume.
**v. Blume**, Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts. In Iherings Jahrbüchern 1904 Bd. 48 S. 417 ff.
**v. Blume**, Das sogen. Prinzip der Selbständigkeit des Vormunds. In Iherings Jahrbüchern 1905 Bd. 49 S. 281 ff.
**Breit**, Die Geschäftsfähigkeit. 1903.
**Breit**, Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1903 Bd. 4 S. 389 ff., 473 ff., 569 ff.
**Brückner**, Die Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer, insbesondere der Vertreter und Gehilfen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und sonstigen Reichsgesetzen. Im Recht 1901 S. 299 ff., 338 ff., 373 ff.
**Cosack**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1913.
**Coulin**, Die entgeltliche Dienstleistung volljähriger Hauskinder. Im Archiv für bürgerliches Recht 1916 Bd. 46 S. 376 ff.
**Crome**, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 2 1902, Bd. 4 1908.
**Dalberg**, Dienstverschaffungsverträge. In Juristischer Wochenschrift 1911 S. 240 ff.
**Dernburg**, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1 1906, Bd. 4 1908. 3. u. 4. Aufl.
**Dick**, Der Verstoß gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 33 S. 74 ff.
**Dittenberger**, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Diss. 1903.
**Eberhard**, Randglossen zu § 113 BGB. Im Recht 1911 Sp. 29 f.
**Endemann**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1903, Bd. 2, 2 1908. 9. Aufl.
**Enneccerus**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 1. 9./11. Aufl. 1913.
**Enneccerus-Kipp**, Familienrecht. 6./8. Aufl. 1914.
**Ferno**, Ein Beitrag zur Darstellung des kaufmännischen Lehrvertrags. Diss. Leipzig 1904.
**Findeisen**, Das Reichsgesetz betr. die Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben. 1904.
**Fischer-Henle**, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 9. Aufl. 1912.
**Friedmann-Brauer**, Der Streit der Eltern um die Herausgabe des Kindes. In der Deutschen Juristenzeitung 1911 Sp. 1126 ff.
**Fuchs**, Vormundschaftsrecht. 1909.
**Gerhard**, Die preußischen Gesindeordnungen. 1902—1914. Guttentagsche Sammlung Nr. 31 a, 31 b.
**Goldmann-Lilienthal**, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1 1903, Bd. 3 1914. 2. Aufl.
**Heinzerling**, Die Handlungsfähigkeit des Minderjährigen nach gemeinem Recht. 1895.

**Henle-Schneider,** Die bayrischen Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
**Hölder,** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
**Holthoff,** Die rechtliche Stellung des Vormunds bei gegenseitigen Rechtsgeschäften, zu denen er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Diss. Greifswald 1914.
**Horion,** Die Abgrenzung der Befugnisse zwischen Provinzialverband, Vormundschaftsgericht und dem Inhaber der elterlichen Gewalt bezw. Vormund während der Dauer der Fürsorgeerziehung. In GruchotsBeitr. Bd. 47 S. 67 ff.
**Hupka,** Die Vollmacht. 1900.
**Kipp-Windscheid,** Lehrbuch der Pandekten. 1906.
**Kistemaker,** Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§§ 107—113 BGB.). Diss. Erlangen 1910.
**Knitschky,** Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
**Kohler,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1904.
**Krüger** in Grünhuts Zeitschrift 1901 Bd. 28 S. 767 f. (Literaturbesprechung über Opets Verwandtschaftsrecht.)
**v. Landmann,** Kommentar zur Gewerbeordnung. 1912.
**Lehmann-Ring,** Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1914.
**Lindenberg,** Das preußische Gesinderecht. 1912.
**Loewe-Makower,** Die Seemannsordnung v. 2. 6. 1902.
**Lotmar,** Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. Bd. 1 1902, Bd. 2 1908.
**Marwitz,** Der Bühnenengagementsvertrag. 1902.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 4. 1888.
**Mugdan,** Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
**Nelken,** Die deutschen Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze. 1901.
**Neumann,** Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3 Bde. 6. Aufl. 1912.
**Noeldeke,** Die außerkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden nach §§ 831, 832 BGB. In GruchotsBeitr. 1897 S. 766 ff.
**Opet,** Das Vormundschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1899.
**Opet-v. Blume,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Familienrecht. 1906.
**Oertmann,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1908.
**Oertmann,** Gehaltsansprüche der Ehefrau? In der Deutschen Juristenzeitung 1911 Sp. 124 ff.
**Oertmann,** Verträge auf Handlungen dritter Personen. In Festschrift für Zitelmann 1913.
**Pfäfflin,** Die abgeleitete Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen auf Grund der §§ 112, 113 BGB. In GruchotsBeitr. 1904 Bd. 48 S. 1 ff.
**Pfizer,** Das württembergische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst der württembergischen Gesindeordnung. 1900.
**Planck,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 1913, Bd. 4 1906.
**Preller,** Die Rechtsstellung volljähriger Kinder im Haushalt der Eltern. Diss. Marburg 1913.
**Rehbein,** Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1898.
**Reichsgerichtsräte,** Kommentar der Bürgerlichen Gesetzbücher. 3 Bde. 2. Aufl. 1912/13.
**Riezler,** Venire contra factum proprium. 1912.
**Riezler,** Die freie Verfügungsmacht des Minderjährigen und das Surrogationsprinzip. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 565.
**v. Rohrscheidt,** Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 1912.
**Rümelin, G.,** Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905.
**Sachs,** Die Haftung der Eltern für Delikte des Kindes. Diss. Heidelberg 1911.
**Scherer,** Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 4. 1997.
**v. Schmoller,** Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre. Teil 2. 6. Aufl. 1904.

**Schroeder,** Der Dienstverschaffungsvertrag. Diss. Rostock 1914.
**Schroeder-Mugdan,** Das deutsche Vormundschaftsrecht. 1900.
**Schultetus,** Handbuch des Vormundschaftsrechts. 1899.
**Schwarzschild,** Die Dienste der Kinder im Hauswesen und Geschäft der Eltern. Diss. Marburg 1904.
**Sigel,** Der gewerbliche Arbeitsvertrag. 1903.
**Staub,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Aufl. 1912.
**v. Staudinger-Engelmann,** Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 7./8. Aufl. 1913.
**v. Staudinger-Riezler,** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 7./8. Aufl. 1912.
**Stieger,** Zur Landarbeiterfrage. 1898.
**Stobbe-Lehmann,** Deutsches Privatrecht. Bd. 4. 1900.
**v. Walther,** Haushalt, Haushaltung und Angehörige im Einkommen- und Ergänzungssteuergesetz. Im Preußischen Verwaltungsblatt 1905 Bd. 26 S. 573 ff., 593 ff.
**Zitelmann,** Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1889.

§ 1.

# Erfordernis der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen.

## I. Allgemeines: Begrenzung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, die öffentliche Fürsorge für ihn.

Die persönliche Bindung zur Leistung ist, wie jede von der Rechtsordnung anerkannte Verpflichtung, eine Einengung der eigenen Rechtssphäre, die wirksam nur von demjenigen vorgenommen werden kann, der über seine Person und sein Vermögen verfügen kann; nach dem geltenden Rechte also vom unbeschränkt Geschäftsfähigen (BGB. Buch 1 Abschn. 3 Titel 1). Unbeschränkt geschäftsfähig ist der Regel nach, wer das 21. Lebensjahr vollendet hat oder nach Ablauf des 18. Lebensjahres gemäß §§ 3 f. BGB. für volljährig erklärt worden ist. Solchen stehen dem Lebensalter nach[1]) als beschränkt geschäftsfähig[2]) die Minderjährigen vom vollendeten 7. Lebensjahre ab gegenüber. Sie vermögen es noch nicht, durch Willenserklärungen innerhalb ihres eigenen Rechtskreises

[1]) Für weitere Gründe der beschränkten Geschäftsfähigkeit vgl. § 114 BGB., der die allgemeine Regel durchbricht, daß mit Besitz der Volljährigkeit die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit verbunden sei. Vgl. dagegen die Fassung des § 1829 Abs. 3 BGB., wo es auch im Hinblick auf § 104 Nr. 3 BGB. „volljährig und unbeschränkt geschäftsfähig" heißen müßte.

[2]) Verschiedene Schriftsteller (Zitelmann S. 45 ff.; Heinzerling S. 231; 244 ff.; Kohler, Allgem. Teil S. 279; Kistemaker S. 17 ff.;) treten dafür ein, daß es begrifflich keine beschränkte Geschäftsfähigkeit gäbe, sondern in Wahrheit eine Verfügungsbeschränkung des Minderjährigen über sich und sein Vermögen vorliege. Ich glaube, die Frage hat nur terminologischen Wert, denn die Folgerung der Verfügungsfähigkeit über andere und deren Vermögen hat das Gesetz in § 165 BGB. schon ausdrücklich gezogen. Und wenn selbst in der schuldrechtlichen Bindung eine Verfügung gesehen werden könnte, so hat sich andererseits die Terminologie doch schon des Begriffes „Verfügung" in sachenrechtlichem Sinne bemächtigt (vgl. Breit, Geschäftsfähigkeit S. 22), so daß es hier einer neuen Auseinandersetzung bedürfte, die um so entbehrlicher erscheint, als weder über den Begriff der beschränkten Geschäftsfähigkeit Unklarheit herrscht, noch dieser Begriff besonderen Voraussetzungen entstammt.

selbständig gestaltend zu wirken, es sei denn, daß sie hierbei lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen (§ 107 BGB.). Der Minderjährige über sieben Jahren kann sich daher nicht selbst verdingen, da es sich hierbei um eine schuldrechtliche Bindung seiner Person handelt, mithin um eine Willenserklärung, die ihn nicht lediglich rechtlichen Vorteil gewinnen läßt.

Im folgenden soll kurzerweise unter dem Minderjährigen immer der Minderjährige über sieben Jahren verstanden sein.

Der Grund der Ausnahmestellung des Minderjährigen ist der Gedanke, ihn vor seiner eigenen naturgemäßen Unerfahrenheit und Lebensunkenntnis zu schützen. Er darf aber deshalb nicht völlig aus dem Rechtsverkehr heraustreten, sondern er wird dadurch geschützt, daß, ähnlich wie bei Anleitung und Erziehung des sich entwickelnden Menschen, ein anderer Wille teils vorsorglich für ihn eintritt, teils ihn überwacht, um so den Mangel an Reife und Übersicht auszugleichen. Damit er aber in diesem Sinne verpflichtend für den Minderjährigen eintreten kann, steht dem Beschützer die Vertretungsbefugnis zu, so daß der Minderjährige unmittelbar verpflichtet und berechtigt wird. Und zwar ist diese Vertretungsbefugnis eine gesetzliche, da dem Minderjährigen selbst das Recht der Auswahl und Vollmachtserteilung nicht zugebilligt werden kann[3]), andererseits aber auch das öffentliche Interesse die gesetzliche Fürsorge erfordert (§§ 1626, 1773 BGB.).

Als gesetzliche Vertreter des Minderjährigen kommen nur bestimmte Personen in Betracht, und zwar geht das Gesetz hierbei von der natürlichen Grundlage der Familie aus, die aus Vater, Mutter und Kind besteht. Mangelt diese — sei es von vornherein, sei es bei Wegfall beider Eltern[4]) —, so wird ein Vormund bestellt. Ausnahmsweise gilt dies auch in gewissen Fällen noch bestehender Ehe der Eltern[5]). Für einzelne Angelegenheiten, an

[3]) Das ist eine Folgerung der Rechtspolitik und noch nicht aus § 107 BGB. herzuleiten, der vielmehr auf der gleichen Grundlage steht. Anders nach der von der l. Plaetoria ausgegangenen Entwicklung im späteren römischen Recht, wo an sich schon Geschäftsfähige, die Gewaltfreien von 14 (12) bis 25 Jahren, einen curator wählen konnten oder in gewissen Fällen mußten und damit den entmündigten Verschwendern gleichgestellt wurden (vgl. l. 3 C. 2, 21). Hier handelt es sich um eine Privatwillenserklärung, der wegen öffentlichen Interesses über den Privatrechtsverkehr hinausgehende Wirkungen beigelegt sind, nicht um eine öffentliche Fürsorge; von entfernter Ähnlichkeit ist heute die Pflegschaft nach § 1910 BGB. insofern, als der Pflegling dadurch unter Umständen die Prozeßfähigkeit verlieren kann (§ 53 ZPO). Die Regelung des römischen Rechts war eine Folge davon, daß man den Eintritt der Geschäftsfähigkeit mit dem der Geschlechtsreife zusammen warf und nun auf verschiedenen Wegen versuchte, den jugendlichen Geschäftsfähigen zu schützen.

[4]) Über den Wechsel der familienrechtlichen Grundlage bei der Annahme an Kindesstatt s. unten § 1 II D 1.

[5]) s. unten § 1 II A 1 b.

deren Besorgung der dauernd tätige gesetzliche Vertreter verhindert ist, muß endlich ein Pfleger bestellt werden, der in diesem Umfang dann gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen wird. Andere gesetzliche Vertreter kommen nicht in Frage.

Die Vertretungsmacht ist dem gesetzlichen Vertreter um des Minderjährigen willen gegeben. Er hat ein Schutzamt, bei dessen Ausübung maßgebend das Wohl des Schützlings ist[6]). Um diesen Zweck auch gegen böswillige oder ungeeignete gesetzliche Vertreter durchzuführen, besteht die gerichtliche Obervormundschaft, die teils die Aufsicht über den gesetzlichen Vertreter führt, teils mit Befugnissen ausgestattet ist, um den Minderjährigen vor Schaden zu bewahren[7]). Während aber dies gleichmäßig für alle gesetzlichen Vertreter gilt, bestehen insofern noch Unterschiede, als das Recht den Eltern die elterliche Gewalt[8]) beigelegt hat. Und indem das Gesetz hierbei die natürliche Grundlage des Schutzverhältnisses, das mit der Geburt des Kindes entsteht, berücksichtigt, gibt es dem Inhaber der elterlichen Gewalt größere Freiheit auch bei der Ausübung der Fürsorge für den Minderjährigen, als es dem Vormund, der in der Regel[9]) mit seinem Schützling nicht durch so enge Bande verbunden ist, ja ihm vielfach fremd gegenübersteht, gestattet. Im einzelnen wird dies weiter unten beim Zustandekommen des Verdingungsvertrags zwischen dem Minderjährigen und einem Dritten zu besprechen sein[10]).

---

[6]) Dies gilt nicht nur für den Vormund, sondern auch für die Eltern. Anders in den ältesten Rechten, die hier an dem Eigentumsbegriffe verwandte Vorstellungen anknüpfen. So stand dem Inhaber der patria potestas im römischen Recht ein unbedingtes lebenslängliches, später freilich gemindertes, Herrschaftsrecht über Leben und Tod an dem Kinde zu, das er auch in Sklaverei geben konnte. Ähnlich ist auch die väterliche Munt im deutschen Recht, die jedoch nicht lebenslänglich ist, sobald das Kind wirtschaftlich selbständig wird; vgl. Stobbe-Lehmann Bd. 4 § 312 II, 3. Für das geltende Recht spricht v. Blume (Anm. 1 u. 3 zu § 1626 und Vorbem. dazu Ziff. 1) geradezu von einem Elternamt, um damit die Verantwortlichkeit des Inhabers hervorzuheben.

[7]) Näheres unten § 2 I A 2 und § 4 I.

[8]) Es ist dies das natürliche, von der Rechtsordnung anerkannte Recht, den Minderjährigen zu vertreten und für ihn zu sorgen. Ausfluß dieses Elternrechts sind gewisse Berechtigungen am Kindesvermögen (§§ 1649, 1686 BGB.), der Anspruch auf Hilfeleistung (§ 1617 BGB.) und eine gemilderte Haftung des Gewalthabers (§§ 1664, 1686 im Verhältnis zu § 1833 BGB.), die sich jedoch hier, wo es sich nur um die Frage der Vertretung des Minderjährigen handelt, nicht berühren.

[9]) Ausgenommen die uneheliche Mutter, s. unten § 1 II C.

[10]) Die Inhaber der elterlichen Gewalt sind die gegebenen, unmittelbar vom Gesetz dazu erkorenen Personen; der Vormund dagegen muß aus der Zahl der Mitbürger von der Vormundschaftsbehörde bestimmt werden (§§ 1774 ff. BGB.). Dem widerspricht nicht, daß gemäß Art. 136 EG. z. BGB. gewissen Personen, in deren Obhut der Minderjährige unter bestimmten Voraussetzungen gegeben wird, ein für allemal durch Gesetz die Vormundschaft über ihre Schutzbefohlenen zusteht. In diesem Sinne spricht man von einem gesetzlichen Vormund. So Art. 78 des

## II. Die Person des gesetzlichen Vertreters.

Je nach Umständen bestimmt sich die gesetzliche Vertretung nach folgenden Grundsätzen:

### A. Der Minderjährige ist ehelich geboren.

1. Beide Elternteile leben. Beiden Eltern steht kraft natürlichen, von der Rechtsordnung bestätigten Rechts die elterliche Gewalt zu[11]). Sie schließt außer der Sorge für die Person auch das Recht zur Vertretung des Minderjährigen in sich, doch geht hierbei das Recht des Vaters zur Vertretung dem der Mutter ausschließend vor, da die gesetzliche Vertretung nur durch einen Willen zweckentsprechend durchgeführt werden kann (§§ 1627, 1634 Satz 1 Halbsatz 2). Und zwar gilt dies gleichmäßig, ob die Ehe besteht oder durch Scheidung aufgelöst ist (§ 1635 BGB.)[12]). Der Scheidung gleich steht die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1586 Satz 1 Halbsatz 1 BGB.).

Diese Normalregelung ist jedoch Ausnahmen unterworfen:

a) Die Vertretung steht der Mutter zu. Allgemeine Voraussetzung hierfür ist Volljährigkeit der Mutter (§ 1696 BGB.)[13]).

*α*) Bei bestehender Ehe, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist oder seine elterliche Gewalt nach § 1676 BGB. ruht (§ 1685 Abs. 1 BGB.).

Ersteres liegt vor, wenn das Vormundschaftsgericht gemäß § 1672 BGB. festgestellt hat, daß der Vater längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist. Aber

---

preußischen, Art. 100 des bayerischen und §§ 37 ff. des sächsischen AG. z. BGB. In Betracht kommen z. B. der Vorstand einer öffentlich beaufsichtigten Erziehungsanstalt oder Beamte der Gemeindearmenverwaltung für solche Minderjährige, die öffentlich unterstützt und unter der Berufsaufsicht des Beamten erzogen werden.

[11]) vgl. v. Blume Vorbem. 2 zu § 1626 und v. Staudinger-Engelmann Vorbem. 4 zu § 1626; Planck Anm. 4 vor § 1626: soweit die elterliche Gewalt des Vaters den Vorzug hat, ruht die der Mutter, die aber bei Wegfall der ersteren elastisch wieder auflebt.

[12]) Ausgenommen bei Scheidung wegen Geisteskrankheit des Mannes (§ 1569 BGB.) s. unten folgend *γ*.

[13]) Anscheinend eine Ausnahme von § 165 BGB. Allein es hat guten Grund, wenn das Gesetz gestattet, daß sich jemand auf seinen eigenen Schaden hin von einem Minderjährigen vertreten läßt, während es für die gesetzliche Vertretung unbeschränkte Geschäftsfähigkeit fordert. Dem widerspricht freilich § 1781 Ziff. 1 BGB., doch soll der Vormund, den der Richter bestellt hat, im Interesse der Verkehrssicherheit anerkannt werden, soweit es irgend angängig ist. Ferner läßt sich ein Verstoß gegen § 1781 leicht gutmachen, und es handelt sich immerhin um eine durch Auswahl qualifizierte Person. Vergleiche wegen Minderjährigkeit des Vaters unten Anm. 22.

auch ohne dies, wenn der Vater durch Abwesenheit, Krankheit oder ähnliches die Vertretung tatsächlich nicht durchführen kann[14]).

Das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters tritt ein 1. bei Geschäftsunfähigkeit (§ 104 BGB.), 2. bei beschränkter Geschäftsfähigkeit (§§ 106[15]), 114 BGB.), 3. wenn ihm nach § 1910 BGB. ein Pfleger bestellt ist.

β) Wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist (§ 1684 Ziff. 2)[16]). Die Vertretungsbefugnis geht auf die Mutter mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils über (§ 1564 Satz 3 in Verb. mit § 1882 BGB.). Der Scheidung steht die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleich (§ 1586 Satz 1 Halbsatz 1 BGB.)[17]).

γ) Wenn die Ehe durch Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aufgelöst ist, so ist außer dem Fall zu β die elterliche Gewalt der Mutter vom Vormundschaftsgericht zu übertragen, wenn sie es beantragt und das Vormundschaftsgericht die Feststellung getroffen hat, daß die elterliche Gewalt des Vaters ruht und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde (§ 1685 Abs. 2 BGB.)[18]). Hierher gehört der Scheidungsfall aus § 1569 BGB. (vgl. oben Anm. 19).

b) Die Vertretung des Minderjährigen steht einem Vormund zu:

α) Im Fall oben 1 αβ, wenn die Ehe noch nicht aufgelöst ist (§ 1773 mit arg. aus § 1685 Abs. 1 BGB.).

β) Ruht die elterliche Gewalt des Vaters nach Auflösung der Ehe, so tritt ein Vormund ein, wenn die Mutter den Antrag

---

[14]) v. Blume Anm. 2b zu § 1685; v. Staudinger-Engelmann 3aε zu § 1685.

[15]) Minderjährigkeit des Vaters wird nach § 1303 BGB. wahrscheinlich bei bestehender Ehe nicht vorkommen, ist aber denkbar bei der Ehelichkeitserklärung (§ 1729 BGB.). Gesetzlicher Vertreter ist dann, da die eheliche Mutter fehlt, ein Vormund. Liegt aber der Fall der Ehe doch ausnahmsweise vor, so tritt nach obigem an erster Stelle die volljährige Mutter ein, kommt die Mutter nicht in Betracht, so wiederum ein Vormund (vgl. v. Staudinger-Engelmann, Vorbem. 4 vor § 1626; and. M. Kipp zu Windscheid Bd. 3 § 521, der die elterliche Gewalt der Großeltern über den Vater auch auf die Enkel bezieht, während Fischer-Henle (Anm. 3 zu § 1676) und Sachs die elterliche Gewalt des minderjährigen Vaters trotz § 1676 BGB. unberührt bleiben lassen.

[16]) Verwirkung tritt ein, wenn der Vater wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthaus oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt ist, und zwar mit Rechtskraft des Strafurteils (§ 1680 BGB.).

[17]) And. A. v. Staudinger-Engelmann Anm. 1cδ zu § 1684.

[18]) Durch die Beiordnung eines Beistandes gemäß § 1670 Ziff. 2 u. 3 BGB. wird die Vertretungsbefugnis der Mutter nach außen nicht berührt.

aus § 1685 Abs. 2 BGB. nicht gestellt hat oder sich wiederverheiratet hat (§ 1697 BGB.). Das gleiche gilt, sobald sich die Mutter, der die elterliche Gewalt zustand, sich wiederverheiratet.

γ) Wenn die Mutter, der anderenfalls die elterliche Gewalt zustehen würde, minderjährig ist (§ 1697 BGB.).

δ) Wenn die Vertretung des Kindes in persönlichen und in Vermögensangelegenheiten dem Vater nach § 1666 Abs. 1 Satz 1 BGB.[19]) entzogen ist (§ 1773 mit arg. aus § 1685 Abs. 2 BGB.)[20]).

2. Es lebt nur noch ein Elternteil. Regelmäßig steht die Vertretung dem Überlebenden zu, d. h. sie bleibt eben beim Vater oder geht auf die Mutter über (§§ 1627, 1684 Ziff. 1 BGB.). Dem Tode steht die Todeserklärung gleich (§§ 1679, 1684 Ziff. 1 BGB.). Unverheblich ist es für die Regelung der Vertretungsbefugnis, ob der Todesfall bei bestehender Ehe oder nach deren Auflösung eingetreten ist (§ 1635 Abs. 2 BGB.), und ob bei bestehender Ehe der sterbende Vater die elterliche Gewalt verwirkt hatte (§ 1684 Ziff. 2 BGB.). Die Normalregelung ist jedoch Ausnahmen zugunsten eines Vormundes unterworfen:

a) Die Mutter, der die Vertretung zustand, stirbt, und der Vater scheidet aus. Dies ist der Fall:

α) wenn er die elterliche Gewalt verwirkt hatte und die Ehe aufgelöst war (vgl. oben A 1 α β).

β) wenn der Grund des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters nach dem Tode der Mutter fortbesteht (vgl. oben A 1 a α u. γ).

b) wenn und solange die überlebende Mutter noch minderjährig ist (§ 1696 BGB.).

---

[19]) Voraussetzungen sind, objektiv zu fassen, Mißbrauch des Rechts der Personenfürsorge, Vernachlässigung des Kindes oder ehrloses oder unsittliches Verhalten, und zwar derart, daß das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, und Verletzung des Unterhaltsanspuches des Kindes, so daß eine erhebliche Gefährdung des Unterhaltes zu besorgen ist.

[20]) v. Blume (Anm. 1 zu § 1684) behandelt diesen Fall analog § 1684 Ziff. 2 BGB. und gibt der Mutter die Vertretung des Minderjahrigen, sobald die Ehe mit dem Vater bei Fortleben desselben aufgelöst ist. Hiergegen Enneccerus-Kipp Bd. 2,2 S 338 f.; v. Staudinger-Engelmann Anm 1c zu § 1684 und Komm. der RGRäte, Anm. 3 zu § 1684. Ich kann mich der Beweisführung Kipps nicht verschließen, der aus der Entstehungsgeschichte des § 1685 Abs 2 BGB. argumentiert. Bei der Ehescheidung besteht oft Uneinigkeit zwischen den Eltern. Es soll daher die elterliche Gewalt nur dann auf die Mutter übergehen, wenn dies dauernd geschehen kann, um das Kind nicht womöglich widersprechenden Einwirkungen bei öfterem Wechsel der elterlichen Gewalt zwischen Vater und Mutter auszusetzen. Ein solcher Wechsel ist im Fall des § 1684 Ziff. 2 BGB. ausgeschlossen, nicht aber im Fall des § 1666 BGB, da die von dem Vormundschaftsgericht gegen den Vater getroffene Maßnahme jederzeit wieder aufgehoben werden kann. Wohl aber kann — m. E. dann, wenn die Aufhebung der Maßnahme nahezu als ausgeschlossen erscheint — auch die Mutter zum Vormund bestellt werden.

c) Sobald sich die überlebende Mutter wiederverheiratet, oder wenn sie beim Tode des Vater bereits wiederverheiratet ist (§ 1697 BGB.).

d) Wenn der überlebende Ehegatte rechtlich oder tatsächlich verhindert ist. Es gelten hier die gleichen Gründe, wie oben zu A 1 a α für den Vater, auch für die überlebende Mutter [21]).

## B. Der Minderjährige entstammt einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe oder einer Nichtehe.

1. Bei einer nichtigen Ehe, d. h. einer Ehe, deren Nichtbestand im Wege der Nichtigkeitsklage bei Vorliegen der in den §§ 1324—1328 BGB. gegebenen Voraussetzungen geltend gemacht worden ist, ist zu unterscheiden:

a) wenn beiden Eltern bei der Eheschließung das Vorhandensein des Nichtigkeitsgrundes unbekannt gewesen ist, so wird die Sachlage so behandelt, als wenn die Ehe geschieden wäre (vgl. oben A 1). Die Vertretung steht also in erster Linie dem Vater zu und erst nach dessen Tod, oder wenn er die elterliche Gewalt verwirkt hat, der Mutter. Ruht die elterliche Gewalt des Vaters, so gilt das zu A 1 α γ Gesagte (§§ 1699 u. 1700 in Verb. mit §§ 1627, 1684 ff. BGB.).

b) Ist einem Elternteil bei der Eheschließung das Vorliegen des Nichtigkeitsgrundes bekannt gewesen, so kommt er für die gesetzliche Vertretung nicht mehr in Frage. Sie steht bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen dem anderen Elternteile zu, nach dessen Tode ein Vormund zu bestellen ist (§§ 1701, 1702 Abs. 2, 1773 BGB.).

c) War beiden Eltern das Vorhandensein des Nichtigkeitsgrundes bei Eheschließung bekannt, so gilt der Minderjährige als unehelich (vgl. unten C § 1699 Abs. 1).

2. Ist die Ehe angefochten, d. h. nach berechtigter Erhebung der Anfechtungsklage (§ 1341 BGB.) auf Grund eines der in den §§ 1331—1335 und des § 1350 BGB. gegebenen Anfechtungsgrundes als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 1343 BGB.), so gelten entsprechende Bestimmungen wie oben zu B 1) [22]) Maßgebend ist auch hier der Zeitpunkt der Eheschließung.

---

[21]) vgl. v. Blume, Vorbem. 6 b zu § 1684 und Anm. 4 zu § 1684; v. Staudinger-Engelmann Vorbem. 8 zu § 1684; Planck Anm. 4 zu § 1684.

[22]) An sich kann die Nichtigkeit zur Zeit der Eheschließung nicht bekannt sein, da sie erst durch erhobene Anfechtungsklage herbeigeführt wird. Allein nach § 1343 Abs. 1 Satz 2 in Verb. mit § 142 Abs. 2 wird solchenfalls derjenige, der die Anfechtbarkeit zur Zeit der Eheschließung kannte, d. h. Kenntnis des unterliegenden

a) War beiden Ehegatten bei der Eheschließung die Tatsache der Anfechtungsmöglichkeit unbekannt, so gilt die Normalregelung, nach der dem Vater die Vertretung in erster Linie zusteht. Da die Kenntnis der Anfechtungsmöglichkeit nicht nur die Kenntnis der realen Voraussetzungen, sondern auch das Bewußtsein der möglichen Rechtsfolgen voraussetzt, so ist Unkenntnis beider Ehegatten möglich im Fall des § 1331 BGB., obwohl sie über das Alter nicht irrten. Mit der Frage, wer der Anfechtungsberechtigte ist, hat dies nichts zu tun.

Absolute Unkenntnis beider Ehegatten ist möglich in den Fällen der §§ 1332 der (Anfechtungsgegner wußte nicht, daß der andere Teil über den Vorgang der Eheschließung oder über seine abgegebene Erklärung sich im Irrtum befand), 1333 (der Anfechtungsgegner wußte nicht, daß die ihm anhaftenden persönlichen Eigenschaften dem anderen Teile verborgen geblieben waren) und 1350 (das Fortleben des für tot erklärten früheren Ehegatten ist unbekannt).

b) Kannte ein Ehegatte die Anfechtbarkeit, so kommt er für die gesetzliche Vertretung nicht mehr in Frage. Eine Ausnahme gibt die Bestimmung des § 1704 BGB. Der Ehegatte, der durch Drohung zur Eheschließung gezwungen worden ist, kennt naturgemäß die Anfechtbarkeit. Es wäre jedoch widersinnig, ihm deshalb die elterliche Gewalt zu entziehen. Ging daher die Drohung von einem Dritten aus, ohne daß sie der andere Teil kannte, so tritt die Normalregelung ein, als ob beiden Ehegatten die Anfechtbarkeit unbekannt gewesen wäre.

Kenntnis nur eines Ehegatten ist möglich in den oben unter a aufgezählten Fällen und außerdem im Fall des § 1334 BGB. (Irrtum oder Täuschung sind von dem anderen Ehegatten oder von einem Dritten mit Kenntnis des anderen Ehegatten ausgeführt worden).

c) Kenntnis beider Ehegatten ist denkbar in den Fällen der §§ 1331 u. 1335 BGB.[23]) Hier gilt der Minderjährige im Fall des § 1331 gemäß § 1699 BGB. als unehelich, während im Fall des § 1335 nach § 1704 BGB. der bedrohte Ehegatte gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen wird.

---

Sachverhalts und Bewußtsein der damit verknüpften Rechtsfolgen hatte, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit gekannt hätte (vgl. v. Staudinger-Engelmann Anm. 1 zu § 1704; Planck Anm. 7 zu § 1699; v. Blume (Anm. 3 b zu § 1699) stützt sich bei gleichem Ergebnis unmittelbar auf § 1704, und es ist zuzugeben, daß, weil es sich hier um eine Ausnahmebestimmung handelt (s. unten folgendes unter b), die der Ausnahme entsprechenden regelmäßigen Bestimmungen der §§ 1699 ff. Anwendung finden müssen.

[23]) Kenntnis beider Ehegatten im Fall des § 1350 geht nach § 1348 Abs. 1 in § 1326 BGB. auf: der Minderjährige gilt als unehelich; oben B 1 a.

3. Liegt eine Nichtehe vor, d. h. eine Ehe, deren Nichtigkeit ipso jure wirkt, so gilt der Minderjährige als unehelich (§ 1699 Abs. 2 BGB.). Dies ist der Fall, wenn bei der Eheschließung die in § 1317 BGB. vorgeschriebene Form nicht beachtet und die Ehe auch nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist (§ 1324 in Verb. mit § 1330 BGB.).

### C. Der Minderjährige ist unehelich geboren.

Hier steht die gesetzliche Vertretung stets einem Vormund zu. Vormund kann aber auch die uneheliche Mutter werden (§§ 1705, 1707, 1773, 1778 Abs. 3 BGB.).

### D. Die Familienrechtsstellung des Minderjährigen ist durch Rechtsakt geschaffen.

1. Annahme an Kindesstatt. Hier steht dem Annehmenden die gesetzliche Vertretung für den Minderjährigen zu (§ 1757 Abs. 1 in Verb. mit § 1765 BGB.). Ist der Minderjährige gemeinschaftlich von einem Ehepaare angenommen, so gilt das gleiche wie oben zu A (§ 1757 Abs. 2 BGB.). Wird das durch die Annahme begründete Familienverhältnis wieder aufgehoben, so steht die Vertretung des Minderjährigen einem Vormund zu, nicht mehr den leiblichen Eltern, die vor der Adoption die elterliche Gewalt besessen hatten (§§ 1765 Abs. 2 Satz 2, 1773 BGB.).

2. Legitimation unehelicher Kinder:

a) durch nachfolgende Ehe. Hier gilt das zu A und B Gesagte, je nachdem die Ehe gültig oder nichtig ist (§§ 1719, 1721 BGB.);

b) durch Ehelichkeitserklärung. Sie erfolgt auf Antrag des Vaters, der mit der Ehelichkeitserklärung die elterliche Gewalt und damit die Vertretung erlangt (§ 1736 BGB.), sofern er nicht minderjährig ist[24]). Endigt oder ruht seine elterliche Gewalt, so ist ein Vormund zu bestellen, da eine eheliche Mutter nicht vorhanden ist (§ 1773 BGB.).

### E. Verhinderung des eigentlichen gesetzlichen Vertreters an der Besorgung einzelner Angelegenheiten.

Neben dem Inhaber der elterlichen Gewalt oder dem Vormund kann für den Minderjährigen ein Pfleger bestellt werden, dem dann die Stellung des gesetzlichen Vertreters für den ihm

---

[24]) Oben Anm. 15.

zugewiesenen Geschäftskreis zukommt. Er hat nie die allgemeine Vertretung des Minderjährigen, sondern seine Befugnisse sind in bestimmter Weise begrenzt. Er wird bestellt bei Interessenkollision zwischen dem ordentlichen gesetzlichen Vertreter und dem Minderjährigen, also insbesondere wenn der gesetzliche Vertreter mit dem Minderjährigen einen Verdingungsvertrag schließt (§§ 1630 Abs. 2, 1796, 181 BGB.). Ferner kann er bei vorübergehender Behinderung des ordentlichen gesetzlichen Vertreters bestellt werden, z. B. der gesetzliche Vertreter ist verhindert, durch Krankheit oder Abwesenheit, den Minderjährigen bei Abschluß des Verdingungsvertrags zu vertreten (§ 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Unberührt dadurch bleibt jedoch das zu A 1 a α über die tatsächliche Verhinderung des Vaters Gesagte, an dessen Stelle die Mutter tritt. Endlich ist nur ein Pfleger, nicht ein Vormund zu bestellen (vgl. oben A 1 b δ), wenn dem Vater nach § 1666 BGB. nur die Sorge für die Person o d e r für die Vermögensverwaltung des Minderjährigen entzogen ist. Der Eintritt der Mutter ist hier ebenfalls ausgeschlossen (vgl. oben Anm. 20), doch kann sie wie dort zum Vormund, hier zum Pfleger bestellt werden.

§ 2.

# Der Abschluß des Verdingungsvertrags.

## I. Verdingung bei einem Dritten.

### A. Die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters.

1. Umfang der Vertretungsmacht. Die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters beim Abschluß des Verdingungsvertrags kann in zweifacher Weise geschehen:

a) Er kann unmittelbar handelnd für den Minderjährigen eintreten, derart daß seine Abmachungen bindend für und gegen den Minderjährigen wirken. Dem letzteren wird hier wegen seiner geschäftlichen Unreife eine lediglich duldende Stellung zugewiesen: ein fremder, gereifter Wille verfügt über ihn und an seiner Statt.

b) Der gesetzliche Vertreter kann mit Wirkung nach außen den Minderjährigen zur rechtswirksamen Vornahme von Verdingungsverträgen berechtigten, und zwar in doppelter Weise:

*a)* Er gibt dem Minderjährigen die Zustimmung zum selbständigen Abschluß eines einzigen bestimmten Verdingungsvertrages (§ 108 Abs. 1 BGB.). Hier wird dem Minderjährigen bereits teilweise ein Handeln gewährt, wie es sonst nur dem Geschäftsfähigen zusteht. Der beschränkt Geschäftsfähige soll nicht dem Kind unter sieben Jahren gleichstehen, das einen eigenen Willen rechtsgeschäftlich überhaupt nicht betätigen kann. Andererseits kann das Gesetz aber nicht im einzelnen die selbständige Handlungsfähigkeit des Minderjährigen über den Rahmen des § 107 BGB. hinaus regeln, da jedes einzelne Rechtsgeschäft nach seiner besonderen Sachlage im Hinblick auf das Wohl das Schützlings beurteilt werden muß. Es stattet deshalb den gesetzlichen Vertreter mit dem Recht aus, durch seine Zustimmung des von dem Minderjährigen vorgenommene, sonst unwirksame Rechtsgeschäft wirksam zu machen. Der gesetzliche Vertreter handelt insoweit aus öffentlichrechtlicher Befugnis[25]). Seine Zustimmung kann

[25]) vgl. v. Blume in Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 435 f.

er als Einwilligung vor Abschluß des Vertrages erteilen oder als nachträgliche Genehmigung dem Vertrag beigeben mit der Wirkung, daß der Vertrag hierdurch von Anfang an wirksam wird. Bis zur Erteilung der Genehmigung ist er in der Schwebe, nicht aber nichtig. Über die hierbei eintretende gesetzliche Regelung vgl. §§ 108 Abs. 2, 3, 109 BGB.

β) Noch darüber hinausgehend gestattet das Gesetz, dem Minderjährigen eine allgemeine Ermächtigung zu erteilen, um in Dienst oder Arbeit zu treten, also sich zu verdingen. Der Minderjährige erlangt damit allgemein, nicht nur wie oben zu α im Hinblick auf einen bestimmten Verdingungsvertrag, die Freiheit, unabhängig von der weiteren Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, sich zu verdingen. Und zwar dehnt das Gesetz in diesem Falle die erteilte Ermächtigung in zweifacher Weise aus, nämlich 1. auf alle die Rechtsgeschäfte, „welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen" (§ 113 Abs. 1 BGB.); 2. dahin, daß die „für den einzelnen Fall erteilte Ermächtigung im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verträgen derselben Art gilt" (§ 113 Abs. 4 BGB.).

Zwingend ist dies aber nicht. Die Ermächtigung, die in jeder Form, auch stillschweigend, erteilt werden kann, kann in beliebiger Weise eingeschränkt [26]) und jederzeit ganz zurückgenommen werden. Hierdurch wird dem gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit geboten, die Zügel wieder zu ergreifen. Jedoch hat dies nicht rückwirkende Kraft. Soweit der Minderjährige nach der ihm gewordenen Ermächtigung sich überhaupt hatte verpflichten können, insoweit bleibt die Verpflichtung ebenso bindend, als wenn sie vom Vormund selbst geschlossen wäre [27]).

In gleicher Weise wie § 113 BGB. regelt § 8 SeemO. die Allgemeinbefugnis des Minderjährigen zum selbständigen Abschluß von Heuerverträgen. Soweit jedoch diese lex specialis schweigt, muß das bürgerliche Recht zur Anwendung kommen. So bezüglich der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts, wovon gleich folgend zu 2 α β gehandelt werden soll, und der Möglichkeit zur Einschränkung und Rücknahme der Ermächtigung. Denn die Bestimmung setzt nur die Allgemeingültigkeit der einmal erteilten Ermächtigung und deren privatrechtliche Wirkungen übereinstimmend

---

[26]) vgl. Entsch. d. preuß. OVG. Bd. 43 S. 77 und Eberhard im Recht Sp. 30.

[27]) vgl. dazu unten § 3 I A 1.

mit § 113 BGB. für den Heuervertrag fest, ohne sonst die Annahme einer Sonderregelung zu rechtfertigen [28]).

2. Einschränkung der Befugnisse des Vormundes.

a) α) Der gesetzliche Vertreter untersteht, entsprechend der in öffentlichem Interesse ihm auferlegten Fürsorgepflicht der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, jedoch ist der Inhaber der elterlichen Gewalt freier gestellt als der Vormund. Jener ist zur Vertretung oder zur Mitwirkung (oben 1 a u. b) bei Verdingungsverträgen des Minderjährigen durch keine Aufsichtshandlung des Gerichts gebunden [29]), während sich der Vormund bei einer Verdingung des Minderjährigen für längere Zeit als ein Jahr [30]) nicht ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam betätigen kann (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Ziff. 6 [31]) u. 7 BGB.). Ohne die Genehmigung des Gerichts ist der Abschluß des Vertrags ebenso in der Schwebe, wie wenn der Minderjährige ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters einen lästigen Vertrag schließt. Der Vormund entbehrt insoweit die Fähigkeit, für den Minderjährigen einzutreten (§§ 1828—1831 BGB.). Diese Fähigkeit wird ihm erst für jeden einzelnen Fall, wo der Minderjährige sich über die Dauer eines Jahres hinaus verdingen soll, durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verliehen, weil es sich hier um eine in das Schicksal des Minderjährigen so einschneidende Maßregel handelt, daß der Gesetzgeber zwar dem Inhaber der elterlichen Gewalt, nicht aber einem Vormund die Bestimmung darüber anvertrauen zu können glaubte [32]). Abweichend von der entsprechenden Regelung der §§ 108 Abs. 2 u. 3, 109 BGB. ist hier, daß das Vormundschaftsgericht nicht wie der Vormund (oben zu 1 a) zugleich auch unmittelbar handelnd für den Minderjährigen eintreten kann und daher auch nicht in Berührung mit dem Gegenkontrahenten gelangt [33]). Es kann daher die Zustimmung [34]) nur dem Vormund, nicht auch dem Vertragsgegner gegenüber erklären.

---

[28]) Ebenso Loewe-Makower zu § 8 und Begr. z. SeemO. S. 48.

[29]) Wohl aber die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt an die Genehmigung des Beistandes, falls ein solcher bestellt ist (§§ 1687 f., 1690 Abs. 1 BGB.).

[30]) Oder auf unbestimmte Zeit, wenn die Kündigungsfrist für den Minderjährigen mehr als ein Jahr beträgt; v. Blume Anm. 5 zu § 1822.

[31]) Darüber, wann in dem Lehrvertrag eine Verdingung zu sehen ist, vgl. unten B 2 a α.

[32]) Hierzu v. Blume in JheringsJ. Bd. 48 S. 426 f.

[33]) vgl. v. Blume a. a. O. S. 436.

[34]) Der Wortlaut: „schließt der Vormund einen Vertrag ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts", entspricht nicht der Terminologie des § 184 BGB., die in § 108 BGB. gewahrt ist, obwohl es sich hier ebensowenig um eine privatrechtliche Zustimmung handelt.

Eine Ausnahme von dem Gesagten bildet jedoch die Ermächtigung zur Übernahme von Schiffsdiensten (SeemO. § 7 Abs. 2 Satz 2). Hier ist der Vormund ebenso frei gestellt wie der Vater, bedarf also nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, deren Einholung bei der oft schwer zu übersehenden Dauer der Reise zu unzuträglichen Verzögerungen führen würde[35]).

β) Darüber hinausgehend kann das Vormundschaftsgericht aber auch unmittelbar in die Befugnisse des Vormundes, nicht aber des Inhabers der elterlichen Gewalt[36]), eingreifen, indem es dem Minderjährigen die Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, an Stelle des Vormundes erteilt, wenn der sie verweigert hatte.

Voraussetzung hierfür ist der Antrag des Minderjährigen. Liegt die Erteilung in seinem Interesse, so muß das Vormundschaftsgericht die Ermächtigung geben (§ 113 Abs. 3 BGB.)[37]). Ist die Ermächtigung gegen den Willen des Vormundes erteilt, so kann sie nur wieder vom Vormundschaftsgericht, nicht vom Vormund zurückgenommen oder eingeschränkt werden. Das Recht des Vormunds bleibt insoweit beschränkt, anderenfalls würde der Zweck der Maßregel vereitelt werden[38]).

b) Eine Folge des zu a Gesagten ist es, daß der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen nach § 113 BGB. nicht weitergehend ermächtigen kann, als ihm selbst die Befugnis zusteht, für den Minderjährigen bindende Verträge zu schließen. Hieraus ergibt sich eine Ungleichheit in der rechtlichen Stellung der so ermächtigten Minderjährigen, die der Ungleichheit zwischen Inhaber der elterlichen Gewalt und Vormund entspricht[39]). Ist der Minderjährige von dem Inhaber der elterlichen Gewalt ermächtigt, in Dienst oder Arbeit zu treten, so kann er sich auch rechtswirksam über den Zeitraum eines Jahres hinaus verdingen, nicht aber der Minderjährige, dessen Ermächtigung durch einen Vormund erteilt ist. Bei letzterem bedarf es vielmehr wiederum der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 113 Abs. 1 Satz 2), die dem Vormund gegenüber zu erklären ist.

---

[35]) vgl. Loewe-Makower S. 18.

[36]) Andernfalls hätte dieser Beschwerde nach § 20 Abs. 1 FGG.

[37]) Nach Oertmann (Anm. 6c zu § 113) darf das Vormundschaftsgericht nur eingreifen, wenn es das Interesse des Minderjährigen notwendig erfordert, nicht in indifferenten Fällen: „das Gesetz will in Abs. 3 Satz 2 ausschließend reden". Für den einfachen Wortlaut Planck Anm. 5 und v. Staudinger-Riezler Anm. 7d zu § 113; Goldmann-Lilienthal § 36 I, 5b; Endemann Anm. 18 zu § 29.

[38]) Ebenso Oertmann Anm. 5e zu § 113.

[39]) vgl. Pfäfflin S. 16 f.; Neumann Anm. 2 zu § 113.

c) Bestritten[40]) ist, ob diese Einschränkung der Vertretungsmacht des Vormunds auch für den Gesindedienstvertrag gilt. Nach Art. 95 EG. z. BGB. bleiben die landesrechtlichen Vorschriften unberührt, die dem Gesinderecht angehören. Ausgenommen sind jedoch die in Abs. 2 angeführten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, unter denen sich § 1822 Ziff. 7 nicht befindet. M. E. ruht jedoch auch implizite diese letztere Bestimmung in den in Art. 95 Abs. 2 EG. zitierten §§ 106—113 BGB. Denn abgesehen davon, daß in den §§ 112 Abs. 1 Satz 2 u. 113 Abs. 1 Satz 2 auf die einschränkende Bestimmung des § 1822 Ziff. 7 hingewiesen ist, ist die in den §§ 108—113 geregelte Befugnis des gesetzlichen Vertreters eine unveränderliche Größe, die sich nur, je nachdem es sich um den Inhaber der elterlichen Gewalt oder um einen Vormund handelt, modifiziert. Die genannten Bestimmungen müssen daher stets im Zusammenhang mit den betreffenden Bestimmungen des Familienrechts gelesen werden. Denn § 108 gilt nicht zunächst absolut als eine Art Normalregelung für den gesetzlichen Vertreter, von der aus die Bestimmungen der §§ 1643, 1821 f. BGB. Ausnahmen bilden, sondern § 108 enthält die allen gesetzlichen Vertretern geltenden allgemeinen Gesichtspunkte und ist gerade um dieser allgemeinen Fassung willen unvollständig. Erst in Verbindung mit den angeführten Stellen des Familienrechts entsteht das Recht des Vaters oder des Vormunds in bezug auf die Vertretung des Minderjährigen. Ein anderes, nur auf die Bestimmungen des allgemeinen Teils gestütztes Recht des gesetzlichen Vertretes gibt es begrifflich nicht und kann daher auch nicht als solches zitiert werden. Es bedurfte daher nicht einer besonderen Anführung dieser einschränkenden Bestimmungen in Abs. 2 des Art. 95, vielmehr hätte die Ausnahme von der Regel des § 1822 Ziff. 7, falls der Gesetzgeber dies gewollt hätte, ausdrücklich statuiert werden müssen[41]).

[40]) In den Königreichen ist die Frage gesetzlich wie oben entschieden in Sachsen durch die revidierte Gesindeordnung v. 31. 5. 1898 in § 13a, der die Bestimmung des § 1822 Ziff. 7 BGB. entsprechend wiedergibt. Bei Schweigen des Landesrechts ist gegen die Ausdehnung des § 1822 Ziff. 7 BGB. v. Blume Anm. 7 zu § 1822; für die Ausdehnung Planck Anm. II, 7 zu § 1822; Komm. d. RGRäte zu § 1822 Nr. 6 u. 7; v. Staudinger-Engelmann Anm. 2ky zu § 1822; Neumann Anm. 7a zu § 1822; Henle-Schneider Vorbem. vor Art. 15 S. 42; Gerhard Anm. 4c zu § 5 preuß. GesO. v. 8. 11. 1810, Anm. 1 zu §§ 5—8 GesO. f. Neuvorpommern und Rügen; Anm. 2 zu § 3 GesO. f. Rheinprovinz; Anm. 1 zu § 3 DienstbO. f. Osnabrück; Anm. 1 zu § 3 DienstbO. f. Bremen, Verden; Anm. zu § 4 DienstbO. f. Hannover, Hildesheim, Lüneburg, Harzbezirk; Anm. zu § 4 DienstbO. f. Ostfriesland und Harlingerland; Anm. zu § 7 GesO. f. Schleswig-Holstein; Anm. 1 zu § 4 der nassauischen VO. v. 19. 5. 1819; Anm. 1 zu § 8 der beiden DienstbO. für die hohenzollernschen Lande; Lindenberg S. 24 Nr. 4; Aron S. 12.

[41]) Die im Text gegebene Ansicht entspricht der Neumanns Anm. 7a zu

## B. Selbständigkeit des Minderjährigen nach § 113 BGB.[42])

Grundsätzlich erlangt der Minderjährige, soweit die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters geht, die gleiche Stellung wie ein unbeschränkt Geschäftsfähiger. In diesem Rahmen ist er selbständig bewegungsfähig und, da er sich insoweit durch Verträge verpflichten kann, auch prozeßfähig (§ 52 ZPO.)[43]). Im folgenden sollen die Grenzen dieses Rahmens bestimmt werden unter der Voraussetzung, daß vom gesetzlichen Vertreter keine Sonderschranken (§ 113 Abs. 2 BGB.) gezogen sind.

1 a) § 113 BGB. hat nur Raum für Verdingungsverträge, nicht für sonstige Dienst- oder Arbeitsverträge. Dies ergibt sich weniger aus dem Wortlaut der Bestimmung, da das „in Arbeit treten" sich auch auf solche Verträge beziehen könnte, als aus dem Gegensatz, in dem § 113 zu § 112 BGB. steht. Es muß sich daher um solche Dienst- oder Arbeitsverhältnisse handeln, die nicht als Tätigkeit auf Grund eines selbständigen Erwerbsgeschäftes, das der Minderjährige betreibt, erscheinen, sondern bei denen er seine Person einsetzt, um sich dem Dienstberechtigten für eine zahlenmäßig nicht zu erfassende Menge von Dienst- oder Arbeitsleistungen zur Verfügung zu stellen (vgl. LohnBG. § 1 und das unten zu Anm. 44 am Ende Gesagte). Das „in Dienst oder in Arbeit treten" deckt sich daher nicht mit den Begriffen des Dienst- oder Werkvertrages, denn in diesen Rechtsformen können auch die unter die Ermächtigung des § 112 BGB. fallenden Rechtsgeschäfte erscheinen, sondern es handelt sich bei § 113 um solche Arbeitsverträge, bei denen die persönliche Dienst- und Arbeitskraft des Minderjährigen den Weisungen des Berechtigten unterstellt wird. Soweit daher ein Arbeitsvertrag in diesem Sinne nicht als Verdingung angesprochen werden kann, unterfällt er nicht dem § 113 BGB.; der Minderjährige ist also in Beziehung auf ihn nicht selbständig.

b) Umgekehrt kann aber daher die Verdingung selbst sowohl Dienst- oder Werkvertrag sein[44]). Denn auch bei letzterem läßt

---

§ 1822. Die Folge hiervon ist, daß landesrechtlich die Anwendbarkeit des § 1822 Ziff. 7 BGB. überhaupt nicht ausgeschlossen werden kann. Dagegen v. Staudinger-Engelmann Anm. 2 kγ zu § 1822; Komm. der RGRäte zu § 1822 Nr. 6 u. 7; Crome Bd. 4 § 628 Anm. 13.

[42]) § 8 SeemO. bleibt auch als l. specialis völlig im Rahmen des § 113 BGB.

[43]) Eine entsprechend eng begrenzte Prozeßfähigkeit für den Fall, daß der Minderjährige mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einen bestimmten einzelnen Verdingungsvertrag schließen kann (oben I A b α), ist nach dem Sinn des § 52 ZPO., der eine gewisse durch eigene Urteilskraft bestimmte Freiheit im Handeln erfordert, abzulehnen. Vgl. v. Blume in JheringsJ. Bd. 48 S. 442.

[44]) Über den hauptsächlich in der Gefahrverteilung liegenden Unterschied vgl. G. Rümelin S. 17 ff. (Fortsetzung dieser Anmerkung s. S. 17.)

sich die zu a betonte Unselbständigkeit des sich Verdingenden mit dem dem Werkvertrag eigenen Einstehen für den Erfolg der Arbeit vereinigen; so, wenn der sich Verdingende seine Arbeitskraft zwar dem Berechtigten zur Verfügung stellt, der Vertragsinhalt jedoch damit nicht wie beim Dienstvertrag schon erschöpft ist, sondern auch noch die Haftung für den Arbeitserfolg einschließt. Die Fälle werden selten sein, sind aber denkbar, z. B. wenn ein Künstler sich als Renovator an einer privaten Gemäldegalerie anstellen läßt. Ausgenommen erscheinen aber hier unentgeltliche Verdingungen. Denn wie dem gesetzlichen Vertreter eine Schranke gezogen sein muß, über die hinaus er eine schuldhafte Pflichtverletzung begeht, wenn er die Arbeitskräfte des Minderjährigen unentgeltlich verdingt, so kann die dem Minderjährigen erteilte Ermächtigung auch nicht darüber hinausgehen[45]). Der Minderjährige steht wohl einem unbeschränkt Geschäftsfähigen gleich, wird aber nicht tatsächlich — auch nicht „insoweit" — unbeschränkt geschäftsfähig, sondern bleibt fürsorgebedürftig und damit abhängig. Dies muß trotz des Wortlauts des § 113 angenommen werden, denn es kann sich nur um eine Erweiterung der sonst enger gezogenen Grenzen der beschränkten Geschäfts-

---

Bedenklich erscheint mir das Kriterium der Lohnvereinbarung bei einer rein gleichartigen Arbeitsleistung. So unterscheidet Oertmann (Anm. 5a zu § 113) Dienstvertrag, wenn ein Schreiber festen Tageslohn bekommt, vom Werkvertrag, wenn dieser Schreiber für die hergestellten Arbeitsergebnisse als solche entlohnt wird. M. E. liegt auch hier Dienstvertrag vor, und zwar gegen Stücklohn (vgl. § 623 BGB. und § 3 Abs. 1 Satz 2 LohnBeschlG.; ferner Lotmar Bd. 2 S. 428. Dagegen Rümelin S. 29 ff., der in der dem Stücklohn eigenen Bemessung des Entgelts und dessen dadurch schwankenden Höhe eine Gefahrtragung des Arbeitsnehmers und infolgedessen ein Kriterium des Werkvertrags sieht. M. E. kann es aber für den Dienstvertrag keinen Unterschied machen, ob ich nach Zeit oder nach brauchbar geleisteter Arbeit entlohne. Denn es handelt sich hier um die Gesamtbewertung, die so oder so ermittelt werden kann, d. h. um einen einzigen Dienstvertrag, der eine Vielheit von Arbeitshandlungen einschließt, nicht aber um eine Summe von Werkverträgen, deren jeder sich mit einer Arbeitshandlung deckt.

Überhaupt scheint mir, als ob in den meisten, wenn auch nicht in allen Fällen die Übernahme eines Werkvertrags auf das Vorliegen eines selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes hindeutet und damit der Regelung des § 112 untersteht. Dies kann auch unter Umständen für das angeführte Beispiel Oertmanns gelten. Gelegentliche Übernahme eines Werkvertrags, die nicht der Ausübung eines Erwerbsgeschäftes entspringt, fällt aber nicht unter § 113, sondern unter § 108 Abs. 1 BGB.: kontrahieren mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Soll aber aus dieser einmaligen Einwilligung eine Ermächtigung werden, weil der Minderjährige Geschicklichkeit für derlei Geschäfte zeigt, so wird eben meist der Fall des § 112 vorliegen und nur in Grenzfällen sich die Annahme einer Verdingung rechtfertigen lassen.

[45]) Dies folgt aus der allgemeinen Natur der Ermächtigung. Keine Pflichtverletzung ist die zu einem bestimmten erzieherischen Zweck von dem Vormund vorgenommene Verdingung des Minderjährigen als Volontär.

fähigkeit handeln, nicht um ein Herauswachsen über die Befugnisse des Vormundes, wie sie erst die Volljährigkeit bringen kann[46]).

c) *a*) Die dem Minderjährigen erteilte Ermächtigung erstreckt sich nicht nur auf den Abschluß des Verdingungsvertrages, sondern auf alle Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung des Vertrages betreffen. Im 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch war dies enger gefaßt, und die Motive dazu (Bd. 1 S. 145) haben deshalb die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des nicht rechtzeitigen Dienstantritts dem Minderjährigen nicht gewähren wollen. Dem schließen sich Schröder-Mugdan (S. 363) und Rehbein (Anm. 5b auf S. 114) an.

Es kann jedoch kaum zweifelhaft sein, daß es sich hierbei um eine Vereinbarung handelt, die den Minderjährigen in besonderer Weise binden soll, und die daher in engster Beziehung zu der Eingehung des Verdingungsverhältnisses steht. Man kann m. E. nicht wie Schröder-Mugdan dagegen geltend machen, daß eine solche Vereinbarung von dem gesetzlichen Vertreter nicht vorgesehen und daher von seiner Zustimmung nicht berührt sei. Es handelt sich ja gerade um eine gesetzliche Auslegung des Inhalts der Ermächtigung, die bei nicht ausdrücklicher Beschränkung seitens des gesetzlichen Vertreters zur Erleichterung des Rechtsverkehrs besteht und nicht erfordert, daß sich der gesetzliche Vertreter über die Frage bewußt geworden sei. Gegen eine übermäßige Festsetzung aber ist der Minderjährige durch § 343 BGB. geschützt und insoweit denn auch prozeßfähig.

Aus den gleichen Gründen dürfte auch die auf ähnlicher Grundlage wie Schröder-Mugdans fußende Ansicht abzulehnen sein, daß der Minderjährige nur für solche Vertragsstrafen geschäftsfähig erscheine, die im Verkehr, etwa durch Fabrikordnungen, üblich seien[47]).

*β*) Anders dagegen bei der Konkurrenzklausel. Hier handelt es sich nicht um eine das Verdingungsverhältnis als solches treffende Vereinbarung, sondern um eine über die Verdingung hinausreichende Bindung, die der Arbeitgeber als Bedingung für das Zustandekommen des Vertrages überhaupt setzt. Die Erfüllung dieser Bedingung, um dadurch einen Anstellungsvertrag mit dem Arbeitgeber schließen zu können, fällt daher nicht unter

---

[46]) Über das Erfordernis der Entgeltlichkeit bei § 113 herrscht Übereinstimmung in der Literatur.

[47]) So Dernburg Bd. 1 § 122 III und Komm. der RGRäte Anm. 1 zu § 113. Für Zulässigkeit der Vertragsstrafe Pfäfflin S. 14; Planck Anm 2a zu § 113; v. Staudinger-Riezler Anm. 5a zu § 113; Oertmann Anm 5ba zu § 113; Endemann Bd. 1 § 29, 3b Anm. 19; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 36 I, 5b Anm. 14.

die dem Minderjährigen erteilte Ermächtigung[48]). Sie ist unwirksam und damit nichtig, wenn sie der gesetzliche Vertreter nicht genehmigt, so daß die Gültigkeit des übrigen Vertrages Auslegungsfrage gemäß § 139 BGB. ist.

2. Umgrenzt ist § 113 BGB. in doppelter Hinsicht, und zwar a) durch den unterliegenden Willen des gesetzlichen Vertreters, der sich auf Ermächtigung zu einer bestimmten Art von Verdingungen richtet, b) lediglich durch Gesetz.

a) Zum Kontrahieren fähig ist der Minderjährige nur für Verdingungsverträge „der gestatteten Art", § 113 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hierfür gibt Pfäfflin (S. 15) treffende Beispiele. „Es kann ein zum Diensteintritt als Handlungsgehilfe ermächtigter Minderjähriger nicht ohne weiteres sich als Dienstbote oder ein Dienstmädchen als Kellnerin sich einstellen lassen[49])." Hier sind dem noch schutzbedürftigen Minderjährigen Schranken gezogen, die der Erziehungsgewalt des gesetzlichen Vertreters entsprechen. Seine Bewegungsfreiheit spielt auf einem Raum, den dieser überblicken will.

α) M. E. erledigt sich damit auch die Frage, ob der Minderjährige fähig ist, einen Lehrvertrag einzugehen. Unbestritten ist er es nicht bei dem von Lotmar (Bd. 1 S. 79) sogen. „eigentlichen" Lehrvertrag, wo der Lehrmeister lediglich Arbeitnehmer ist und der Minderjährige lediglich Unterricht empfängt. Hier kann von einem „In-Dienst- oder -Arbeit-Treten" des letzteren nicht die Rede sein.

Desgleichen fallen, sofern der gesetzliche Vertreter ein Vormund ist, die Lehrverträge fort, die für längere Zeit als ein Jahr geschlossen werden (§ 1822 Ziff. 6 in Verb. mit § 113 Abs. 1 Satz 2 BGB.[50])).

---

[48]) Ebenso Neumann Anm. 2 zu § 113. Stets nichtig, d. h. auch trotz Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, sind die Hauptanwendungsfälle beim minderjährigen Handlungsgehilfen und Handlungslehrling §§ 74a Abs. 2, 76 Abs. 1 HGB. (nichtig sogar nach erreichter Volljährigkeit!); ebenso nach § 133f. GewO. bei den in § 133a eod. gekennzeichneten Angestellten, wenn sie bei Vertragsschluß minderjährig waren. Gewissermaßen eine gesetzliche Konkurrenzklausel besteht dagegen für die Dauer von neun Monaten bei dem gewerblichen Lehrling nach § 127e Abs. 2 GewO.

[49]) Übereinstimmend mit ähnlichen Beispielen Oertmann Anm. 5a zu § 113.

[50]) § 130a GewO. fordert für den gewerblichen Lehrvertrag als Regel eine Dauer von drei Jahren, so daß damit die weitaus meisten Lehrverträge der Streitfrage überhaupt entzogen sind. Doch liegt in dieser Sollvorschrift keine Mindestdauer. Praktisch gilt ähnliches für den Handelslehrvertrag. Dagegen trifft das obige Ergebnis nicht schon deshalb immer für den gewerblichen Lehrvertrag zu, weil dieser nach § 126b GewO. schriftlich erfolgen muß und vom gesetzlichen Vertreter mit unterschrieben wird. Denn der nichtschriftliche Vertrag ist nicht nichtig. § 125 Satz 1 BGB. ist nicht anwendbar, da die Gewerbeordnung die Folgen einer

Bestritten ist es aber in den zahlreichen, fast die Regel bildenden Fällen, wo handwerkliche oder kaufmännische Kenntnisse übermittelt werden und der Lehrling dem Lehrmeister oder Prinzipal gegenüber zu einer nach dem Maß der erworbenen Kenntnisse wachsenden Arbeitsleistung verpflichtet wird [51]). Hier kann man von einer Verdingung des Minderjährigen, ganz abgesehen davon, wie der Lehrvertrag sonst juristisch qualifiziert sein soll, reden. Er arbeitet nicht um Geld, sondern um Unterricht, und das gilt in diesen Fällen, wenn nicht etwa die Dienstleistungen bis zu einem Grad von entscheidender Unerheblichkeit zurücktreten, auch dann, wenn seitens des Lernenden dem Lehrmeister noch ein Lehrgeld gezahlt wird. Auch hier liegt eine Verdingung vor. Jedoch sind beide Fälle auseinander zu halten. Denn die Vereinbarung eines Lehrgeldes übersteigt die Befugnisse des Minderjährigen, und aus diesem Grunde wäre möglicherweise schon nach § 139 BGB. der ganze Vertrag nichtig.

Für den erstgedachten Fall nimmt Oertmann (Anm. 4c zu § 113) die Möglichkeit an, ihn dem § 113 BGB. zu unterstellen.

Andererseits entnimmt Staub (Anm. 13 zu § 76) der gesonderten Erwähnung des Lehrvertrags in den §§ 1822 Ziff. 6 u. 7 und 1827 BGB., daß das Gesetz damit die Einbeziehung des Lehrvertrages in den Begriff des „In-Dienst- oder -Arbeit-Tretens" des § 113 BGB. habe ablehnen wollen. Gleichfalls gegen die Einbeziehung in den § 113 BGB. äußern sich Planck (Anm. 2a zu § 113 mit Angabe der Rechtsprechung), v. Staudinger-Riezler (Anm. 4 zu § 113), Neumann (Anm. 2 zu § 113), Lehmann-Ring (Anm. 2, 3 zu § 76).

Das Staubsche Argument weist bereits Ferno S. 35 mit dem Einwand zurück, daß § 1822 Ziff. 6 BGB. jeden Lehrvertrag trifft, Ziff. 7 sich dagegen auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses „anderer Art" nur dann bezieht, wenn hierdurch persönliche Leistungen des Minderjährigen erfordert werden [52]).

M. E. ist der Oertmannschen Ansicht darin beizustimmen, daß die Lehrverträge gedachter Art konstruktiv tatsächlich unter den Begriff des „In-Dienst- oder -Arbeit-Tretens" des § 113 BGB.

---

Formverletzung erschöpfend regelt, die Nichtigkeit hier aber nicht ausspricht; vgl. hierzu v. Landmann Anm. 2 zu § 126b und die dortige Literatur, ferner v. Rohrscheidt Anm. 3 zu § 126b und unten im Text § 2 III B 1a.

[51]) v. Staudinger-Riezler Anm. 4 zu § 113 spricht hier von „Lehrlingsverträgen".

[52]) § 113 bedingt solche persönlichen Leistungen stets, § 1822 Ziff. 7 ist also weiter als § 113. Vgl. ferner den Wortlaut des § 133g GewO. „... Lehrlinge und sonstige gewerbliche Arbeiter ..."

fallen können. Allein damit ist nichts gewonnen. Bei dem „Lehrlingsvertrage" im Sinne Riezlers, auf den es hier zunächst ankommt, handelt es sich um eine Erziehungsmaßregel des gesetzlichen Vertreters, die ihrer Natur nach einmalig bleibt. Erteilt der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen die Befugnis zum Abschluß eines solchen, so ist gerade deshalb bei dieser für den einzelnen Fall erteilten Einwilligung kein Raum gegeben zu der Zweifelsvermutung des Abs. 4 des § 113 BGB., sondern es bleibt hier bei der Regel des § 108 Abs. 1 BGB., und das Problem kann insoweit gar nicht zur Entstehung kommen.

Umgekehrt kann aber auch die regelmäßige Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, nicht auch die Erlaubnis in sich bergen, wie Oertmann meint, Lehrverträge abzuschließen, weil diese Verträge nicht unter die „gestattete Art" fallen.

Der Lehrvertrag ist, wie Staub a. a. O. betont, vorwiegend ein Lernvertrag[53]). Er verkörpert damit die Ausführung eines bestimmten Erziehungsplanes, der nach den konkreten wirtschaftlichen Verhältnissen des Minderjährigen beurteilt werden muß und daher auch nicht vom gesetzlichen Vertreter der Entscheidung des Minderjährigen anheim gestellt werden kann[54]). Damit erweist sich, daß eben nicht schon in der Ermächtigung nach § 113

---

[53]) Ähnlich Enneccerus Bd. 1 § 142 Anm. 10: „Der Lehrling hat keine selbständige Stellung" und VGH. Braunschweig in DJZ. 1912 Sp. 520: „Der Lehrling bleibt wirtschaftlich abhängig". Hieraus hat das Gesetz mancherlei Folgerungen gezogen. So die Setzung einer Probezeit (§ 127 b GewO., § 77 Abs. 2 HGB.) und der dem Schulzwang ähnliche Zwang zur Innehaltung der Lehrzeit (§ 127 d GewO.). Die dem letzteren vielfach ähnlichen Anordnungen öffentlicher Maßnahmen gegen vertragsbrüchiges Gesinde, wie sie sich in den meisten deutschen Gesindeordnungen finden, entsprechen einem Gebot strafferer Zucht gegen die in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Dienenden. Dies kann nicht auch das Motiv des § 127 d GewO. sein.

[54]) Hatte also der gesetzliche Vertreter die Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, erteilt, so hat er damit bereits die Entscheidung getroffen, daß der Minderjährige sofort ans Verdienen gehen und sich nicht auf einen Beruf in spezieller Weise vorbereiten soll, dessen wirtschaftlichen Anforderungen er vielleicht nicht gewachsen ist. Die Ermächtigung des § 113 erscheint damit geradezu als Ausschluß für den Minderjährigen, sich in Form eines Lehrvertrages zu verdingen. Es ist daher für das Ergebnis auch ohne Einfluß, ob dem Lehrling, wie vielfach üblich, außer der technischen Anweisung vom Meister noch ein Lohn gezahlt wird. Im übrigen werden aber gerade diese Fälle nur bei Lehrverträgen vorkommen, die länger als ein Jahr dauern.

Dagegen liegt kein Lehrverhältnis, sondern eine gewöhnliche Verdingung vor in den Fällen der Ziff. 2 Abs. 1 Satz 2 der Bekanntm. v. 4. 3. 1896 betr. den Betrieb von Bäckereien und Konditoreien (RGBl. S. 55) und der Bekanntm. vom 26. 4. 1899 betr. den Betrieb der Getreidemühlen (RGBl. S. 273), da es sich bei den Personen unter 16 Jahren nur um eine Gleichstellung mit den echten Lehrlingen bezüglich der unter Ziff. 1 der Bekanntmachungen gegebenen Vorschriften handelt.

BGB. für den Minderjährigen auch die Möglichkeit, einen Lehrvertrag abzuschließen, bloß deshalb enthalten ist, weil auch ein Lehrvertrag ein Arbeitsvertrag sein kann. Der Minderjährige würde sich vielmehr damit über die ihm erteilte Ermächtigung hinwegsetzen und einen Arbeitsvertrag schließen, der ihm seiner bestimmten wirtschaftlichen Art wegen ebensowenig gestattet ist, wie es in den obigen Beispielen dem Handlungsgehilfen gestattet wäre, sich als Kellner zu verdingen.

Als weitere Folgerung hieraus erscheinen aber schließlich auch alle solche Verträge als außerhalb der „gestatteten Art" fallend, die dadurch zu Lehrverträgen werden, daß statt der vom gesetzlichen Vertreter vorausgesetzten Geldvergütung immaterielle Gegenleistungen gesetzt sind. Neben den besprochenen „Lehrlingsverträgen" sind daher auch solche Verträge ausgeschlossen, bei denen sich der Minderjährige verdingt, um etwa Sprach- oder Gesangunterricht zu erhalten. Die Worte „in der gestatteten Art" beweisen eben, daß der Wille des Erziehers auch noch in der Ermächtigung fortwirkt.

β) Andererseits dürfen aber diese Worte nicht zu eng ausgelegt werden. „Nicht auf die kaum mögliche völlige Gleichheit kommt es an, sondern auf grundsätzliche Gleichwertigkeit" (Oertmann Anm. 5a zu § 113). So umfaßt die Verdingung als Gesinde alle hier gleichwertigen Dienststellungen: das Kindermädchen kann sich auch als Hausmädchen oder Köchin verdingen[55]). Maßgebend bleibt die erzieherische Absicht des gesetzlichen Vertreters, die sich aus der erst erteilten Einwilligung oder der gegebenen Ermächtigung ausspricht. Dieser objektiv zu nehmende Maßstab wird auch stets dem Minderjährigen deutlich sein.

b) Unmittelbar durch das Gesetz beschränkt ist die Verfügungsmacht des unter Vormundschaft Stehenden entsprechend dem oben zu § 2 I A 2 b Gesagten dadurch, daß er zu Verdingungsverträgen über ein Jahr hinaus von der dem Vormund zu erteilenden Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig ist. Im übrigen gilt das an obiger Stelle Gesagte.

### C. Verdingung durch einen Dritten.

Die Verdingung des Minderjährigen kann auch durch einen Dritten neben dem gesetzlichen Vertreter oder an dessen Stelle erfolgen:

1. Durch den Bevollmächtigten des gesetzlichen Vertreters, z. B. die Mutter schließt in Vollmacht des Vaters einen Verdingungsvertrag ab.

[55]) Oertmann a. a. O.; dazu RGE. in DJZ. 1906 Sp. 322.

2. Auf Grund besonderer öffentlichrechtlicher Fürsorgepflicht. Nach EG. z. BGB. Art. 135 ist die Gesetzgebung über die Zwangserziehung Minderjähriger dem Landesrechte vorbehalten. Zur Durchführung der Zwangserziehung können daher die von den Landesgesetzen bestimmten Organe aus eigenem Recht[56]) Erziehungsmaßnahmen treffen, die wie die Unterbringung des Minderjährigen in die Lehre oder sonst in Arbeit Verdingungen sein können[57]). Dieses Recht entspringt einer besonderen staatlichen Fürsorge, die neben der durch den gesetzlichen Vertreter ausgeübten steht. Sie unterliegt daher nicht den für diese geltenden Vorschriften, insbesondere nicht dem § 1822 Ziff. 6 u. 7 BGB. Bei Kollisionen mit dem gesetzlichen Vertreter muß aber, dem Fürsorgezweck entsprechend, die Maßnahme der betreffenden Behörde vorgehen. Insoweit erscheint daher durch die Anordnung der Fürsorgeerziehung die gesetzliche Vertretung unwirksam[58]).

3. Durch das Vormundschaftsgericht. Nach § 1846 BGB. hat das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßregeln zu treffen, wenn der Vormund noch nicht bestellt oder an der Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich oder rechtlich verhindert ist. Das gleiche gilt, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist, soweit nicht bei tatsächlicher Verhinderung oder bei Ruhen seiner elterlichen Gewalt die Mutter für ihn eintritt (§§ 1665, 1685 BGB.). Hiernach kann das Gericht in unmittelbarer Vertretung an Stelle des ausgefallenen gesetzlichen Vertreters handeln, doch wird zur Verdingung regelmäßig die Bestellung eines Pflegers als die zweckentsprechendere Maßregel erscheinen, so daß dieser Fall wohl nur bei ganz eigener Sachlage, etwa bei gebotener sofortiger Entschlußfassung, gegeben sein wird (vgl. dazu unten II A 3).

---

[56]) Anders das Kammergericht in Jahrb. f. d. KGE. Bd. 28 A S. 182, das den zuständigen Kommunalverband wie einen gesetzlichen Vertreter im Namen des Minderjährigen den Vertrag schließen läßt. Wie oben Horion S. 77 und Enneccerus-Kipp Bd. 2, 2 Anm. 17 § 115.

Der von dem zuständigen Kommunalverband beauftragte „Fürsorger" ist lediglich Organ des Verbandes und erscheint in diesem Zusammenhang überhaupt nicht als rechtlich selbständig.

[57]) Es liegt ein Dienstverschaffungsvertrag vor zwischen dem Dritten und dem Kommunalverband, den dieser kraft seiner Erziehungsgewalt für den Minderjährigen bindend macht; ähnlich Horion a. a. O. Ob der Minderjährige auch berechtigt sein soll, entscheidet sich unmittelbar aus dem Vertrag (§ 328 BGB.).

[58]) Unberührt bleibt daher die dem gesetzlichen Vertreter zustehende Vermögensverwaltung und die sich daraus ergebende Vertretung, sowie Vertreterhandlungen, die nicht mit der Erziehung zusammenhängen, z. B. Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bei der Annahme an Kindes Statt (§ 1750 Abs. 1 Satz 2 BGB.) oder Stellung des Strafantrags nach § 65 Abs. 2 StGB.; vgl. Horion S. 70 ff.

## II. Verdingung bei dem gesetzlichen Vertreter selbst.

### A. Verdingung im allgemeinen.

1. Nach der Regel des § 181 BGB. kann der gesetzliche Vertreter nicht im Namen des Minderjährigen mit sich selbst einen Verdingungsvertrag schließen, da eine gesetzliche Bestimmung, die ihm dies gestattet, nicht besteht. Im Bedarfsfalle muß also für diese Angelegenheit, an deren Versorgung der gesetzliche Vertreter verhindert ist, ein Pfleger bestellt werden (§ 1909 BGB.), der unter Ausschluß des ordentlichen gesetzlichen Vertreters insoweit selbst gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen ist (vgl. oben § 2 II E) und den Vorschriften, die für die Vormundschaft gelten, untersteht (§ 1915 BGB.). Für Verdingungsverträge muß also möglicherweise nach § 1822 Ziff. 6 u. 7 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt werden, auch wenn der Minderjährige unter elterlicher Gewalt steht[59]).

2. Findet diese Regel dadurch eine Ausnahme, daß der gesetzliche Vertreter dem Schützling durch Zustimmung oder Ermächtigung die Befugnis zum selbständigen Abschluß eines Verdingungsvertrages erteilen kann?

Lotmar[60]) tritt dafür ein. Er unterscheidet Vertretung im Sinne von Stellvertretung und Vertretung, die als Einwilligung oder Ermächtigung erfolgt[61]). Die Anwendung der ersteren Art sei nach § 181 BGB. ausgeschlossen, nicht aber die der zweiten Gruppe, da der Minderjährige, nicht der gesetzliche Vertreter hier kontrahiere[62]). Dem schließen sich andere Schriftsteller an[63]).

Es fragt sich aber doch, ob eine derartige Ausdehnung der der Zustimmung oder Ermächtigung innewohnenden Kraft im Sinne des Gesetzes liegt oder überhaupt möglich erscheint. Denn bei sonst gleicher Rechtslage muß es bedenklich erscheinen, wenn durch lediglich formale Unterschiede gegensätzliche Wirkungen eintreten sollen. Es ist daher zu fragen: sind Fälle denkbar, in denen der gesetzliche Vertreter statt der unmittelbaren Vertretung

---

[59]) Diese Folgerung, die die Verdingung beim Vater wichtiger nimmt, als wenn der Vater den Sohn bei Fremden verdingt, wird aber vielfach gegenstandslos durch § 1617 BGB.; bei Lehrverträgen vgl. unten B 2.

[60]) Bd. 1 S. 258.

[61]) S. 252 f.

[62]) Folgerichtig muß daher nach Lotmar stets dann ein Pfleger bestellt werden, wenn der Minderjährige unter sieben Jahren ist.

[63]) Oertmann Anm. 4 d zu § 113; Komm. d. RGRäte Anm. 1 zu § 113, wo das vom Vater Gesagte wohl allgemein gelten soll.

nur durch Erteilung von Zustimmung oder Ermächtigung für den Minderjährigen eintreten kann — oder anders ausgedrückt: wird der Minderjährige durch Zustimmung oder Ermächtigung derart unbeschränkt geschäftsfähig, daß insoweit die gesetzliche Vertretung überhaupt als nicht vorhanden betrachtet werden muß?

M. E. stehen unmittelbare Vertretung und Zustimmung oder Ermächtigung auf einer Linie: sie dienen beide dazu, der Rechtsänderung für einen anderen Wirksamkeit zu verschaffen. Beide Male ist der gesetzliche Vertreter nicht Geschäftsherr, sondern handelt für den Schützling. Im Fall der unmittelbaren Vertretung versteht sich das von selbst, aber auch für den Fall der Zustimmung, unter dem im folgenden der Fall der Ermächtigung mitverstanden sein soll, gilt das gleiche. Dies hat v. Blume bereits in seiner Unterscheidung von Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts[64]) herausgehoben, und es ist, soweit ich sehe, seitdem auch allgemein angenommen worden.

Ist dem aber so, so können Zustimmung und unmittelbare Vertretung auch nur nach gleichen Grundsätzen behandelt werden, d. h. die Zustimmung ist lediglich eine Form der Vertretung, bei deren Erteilung der gesetzliche Vertreter nicht nur dem Minderjährigen gegenüber haftet, wenn sie nicht nach pflichtgemäßer Prüfung erfolgt ist und Schaden verursacht hat[65]), sondern die deshalb auch allen Schranken unterworfen ist, die für die unmittelbare Vertretung bestehen. Beide sind verschiedene Formen, die demselben Zweck dienen. Das Eigenartige der Zustimmung ist, daß der Minderjährige demzufolge selbst handelnd auftritt, aber seine Handlung wird letzten Endes nicht durch seinen Willen rechtswirksam, sondern durch die mit seinem Willen übereinstimmende Zustimmung, d. h. die Vertreterhandlung des Muntwalts. Dadurch, also durch den Willen des gesetzlichen Vertreters, wird des Minderjährigen Wille beachtlich: der Minderjährige ist nicht geschäftsfähig, sondern darf handeln wie ein Geschäftsfähiger.

Zustimmung und Ermächtigung unterscheiden sich lediglich in dem Maß, in dem die Fähigkeit, selbst zu handeln, dem Minderjährigen erteilt wird. Dies Maß kann kraft gesetzlicher Sonderbestimmung des § 113 BGB., die aus § 108 BGB. niemals hätte gefolgert werden können, bei der Ermächtigung so weit gezogen werden, daß es im Augenblick der Erteilung unübersehbare künftige Rechtsgeschäfte umfaßt. Dies ist aber lediglich eine

[64]) IheringsJ. Bd. 48 S. 417 ff. (435).

[65]) z. B. der Vormund erteilt wahllos Einwilligung zu allen Käufen des entmündigten Verschwenders (vgl. § 114 BGB.).

Frage der Ausmessung, nicht aber liegt hierin eine ganze neue Wirkung derart, daß der Minderjährige in irgendeiner Weise als wirklich unbeschränkt geschäftsfähig angesehen werden könnte. Er hat zwar in gewissem Sinne die Stellung eines unbeschränkt Geschäftsfähigen, und das Gesetz kann nichts anderes als dies gemeint haben mit seiner irreführenden Formulierung, er ist aber nicht unbeschränkt geschäftsfähig. Denn die Ermächtigung bewirkt — nicht anders als wie die Einwilligung —, daß die Handlung des Minderjährigen so wie die eines unbeschränkt Geschäftsfähigen gültig sein soll, man kann aber nicht behaupten, der Minderjährige werde zunächst durch die Ermächtigung teilweise unbeschränkt geschäftsfähig, und infolgedessen wären kraft eigenen Rechtes seine Handlungen gültig. Jedenfalls fiele dies Phänomen völlig aus dem Rahmen der im Gesetz gegebenen Regelung[66]).

Ist aber die Ermächtigung nur eine dem Maß nach verschiedene Form der Zustimmung, und sind Zustimmung und unmittelbare Vertretung nur verschiedene Formen der gesetzlichen Vertretung überhaupt, so muß der § 181 BGB. auf alle Formen der gesetzlichen Vertretung bezogen werden, und es ist daher undenkbar, daß der gesetzliche Vertreter zwar nicht im Namen des Minderjährigen mit sich selbst kontrahieren könnte, wohl aber dessen schutzbedürftigen Willen für dasselbe Rechtsgeschäft sollte rechtswirksam machen können.

3. Wenn auch eine gesetzliche Bestimmung, nach der dem gesetzlichen Vertreter das Selbstkontrahieren gestattet wäre, fehlt, so ist es doch fraglich, ob ihm nicht die in § 181 BGB. enthaltene andere Möglichkeit, nämlich der Gestattung durch den Vertretenen, zugute kommen kann. Der Minderjährige selbst steht natürlich für die Abgabe der Zustimmungserklärung nicht in Frage, es kann sich also nur um eine für ihn von anders berechtigter Seite abgegebene Gestattungserklärung handeln. Ebensowenig kann der etwa bestellte Pfleger dafür in Frage kommen,

---

[66]) Denn schon dadurch, daß dem Minderjährigen die genehmigungsbedürftigen Geschäfte entzogen sind, und dies in verschiedenem Maße, je nachdem Vater oder Vormund die Ermächtigung geben, beweist das Gesetz, daß es nicht an unbeschränkte Geschäftsfähigkeit denkt, sondern eine Regelung geben will, die bei den übrigbleibenden Geschäften die jedesmalige bewußte Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters vermeiden will (vgl. dazu über die Entstehungsgeschichte dieses Gedankens Heinzerling S. 219 ff.). Solange das Gesetz nicht unzweifelhaft ausspricht, daß durch die Ermächtigung des Vormundes die Verfügungsmacht des Minderjährigen über sich und seine Person (vgl. Kohler S. 279 und oben Anm. 2) über die dem Muntwalt gezogenen Grenzen hinaus erweitert werden soll, kann dies aus dem Wortlaut nicht gefolgert werden. Denn dem „unbeschränkt geschäftsfähig" in § 113 BGB. steht das Verbot der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte als deutliche Auslegung entgegen, nicht etwa als Ausnahme von einer durch nichts gerechtfertigten „teilweisen" unbeschränkten Geschäftsfähigkeit.

denn sein Wirkungskreis umfaßt die Vertretung des Minderjährigen zum Vertragsabschluß, nicht aber zur Abgabe einer solchen Gestattung, ganz abgesehen davon, daß ernsthaft dieser schwerfällige Weg wohl auch nie gewählt werden dürfte. Fraglich ist es indessen, ob nicht das Vormundschaftsgericht in Frage kommen kann, und zwar auf Grund der §§ 1665, 1846 BGB., weil es sich um eine Behinderung des gesetzlichen Vertreters im konkreten Fall handelt und, da diese Verhinderung eine rechtliche ist, an Stelle des Vaters die sonst nach § 1685 BGB. eintretende Mutter zur gesetzlichen Vertretung nicht berufen ist. Ist das Vormundschaftsgericht demnach berechtigt, den gesetzlichen Vertreter zum Selbstkontrahieren im konkreten Fall zu ermächtigen?

Daß das Vormundschaftsgericht bei Vorliegen dieser Voraussetzungen an sich zu unmittelbarer Vertretung des Minderjährigen befugt ist, ist in der Theorie nicht bestritten[67]). Diese Tätigkeit rechtfertigt sich jedoch nur durch die etwaige Dringlichkeit des Falles, da es sich mit der der Obervormundschaftsbehörde zustehenden Amtsgewalt nicht verträgt, vormundschaftliche Geschäfte unter Ausschaltung eines gesetzlichen Vertreters selbst vorzunehmen[68]). Insofern dürfte die Entscheidung über diese Frage hier belanglos erscheinen, wenn die Annahme einer solchen Dringlichkeit bei dem Verdingungsvertrag zwischen gesetzlichem Vertreter und Minderjährigem von vornherein als ausgeschlossen erschiene. Im allgemeinen wird dies ja anzunehmen sein, indessen ist es doch bei der Nichtübersehbarkeit der Lebensverhältnisse kaum angängig, deshalb einer Entscheidung auszuweichen, und es erscheint mir nicht undenkbar, daß etwa ein Schiffskapitän in letzter Stunde für einen ausgefallenen Schiffsmann den eigenen Sohn anheuern möchte. Selten werden diese Fälle sein, aber sie sind denkbar, so daß die Dringlichkeit des Falles das unmittelbare Eingreifen des Vormundschaftsgerichts auch hier rechtfertigen kann[69]).

Indessen ist die aufgeworfene Frage damit noch nicht entschieden. Die vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts haben sie verneint[70]) und zwar, abgesehen davon, daß der dabei in

---

[67]) v. Blume Anm. 4b zu Vorbem. III vor § 1837 und Anm. 3 zu § 1846; v. Staudinger-Engelmann Anm. 2 zu § 1846; Planck Anm. 2 zu § 1846; Fuchs Anm. 3 zu § 1846; Enneccerus-Kipp Bd. 2, 2 § 102 III, § 120 V; Dernburg Bd. 4 § 122 II; Schroeder-Mugdan S. 182; Schultetus S. 162 (vgl. auch oben).

[68]) vgl. v. Blume Anm. 2 zu Vorbem. III vor § 1837 und Mugdan Bd. 4 S. 1183.

[69]) Dafür allgemein Enneccerus-Kipp Bd. 2, 2 Anm. 9 zu § 116.

[70]) RGE. Bd. 71 S. 162 ff.

Frage stehende Sonderfall einer Erbauseinandersetzung allerdings von vornherein als nicht dringlich erschien, mit ausführlicher Begründung.

Der von dem IV. Zivilsenat ausgehende Vorschlag, den an der Vertretung behinderten gesetzlichen Vertreter selbst zum Pfleger gemäß § 1909 BGB. zu ernennen, wird unter dem Gesichtspunkte zurückgewiesen, daß die Vertretungsmacht des Vormundes oder Pflegers als unmittelbar aus dem Gesetz fließend nicht vom Vormundschaftsgericht verliehen werden kann. Offenbar soll also durch bloß formelle Ernennung des ordentlichen gesetzlichen Vertreters zum Pfleger die in § 181 BGB. gezogene Schranke nicht aufgehoben werden können. Ich glaube allerdings auch, daß diese Auffassung dem Gesetze entspricht, dem eine Personalunion der in deutlichem Gegensatze stehenden Typen des ordentlichen gesetzlichen Vertreters und des für ihn nach § 1909 BGB. eintretenden Pflegers aufs schärfste widerstreiten muß. Derartige Behelfe erinnern an die lediglich formelle Weiterbildung jugendlicher Rechte, die weniger auf den Zweck des Gesetzes als auf eine Rechtfertigung nach dem Buchstaben achten.

Nicht für zutreffend halte ich dagegen den Einwand, daß bei Annahme der entgegengesetzten Meinung eine offenbare Unstimmigkeit zwischen den §§ 181 und 1795 BGB. insofern bestehen müsse, als für die in letzterer Bestimmung bezeichneten Geschäfte die Vertretungsmacht „uneingeschränkt und ohne Zulassung der Gestattungsausnahme ausgeschlossen sei". Letzteres begründet die Entscheidung nicht und steht selbst im Gegensatz mit der früheren Entscheidung des V. Zivilsenats in Bd. 68 S. 37 ff. (40). Die Frage ist streitig, und in der Literatur verteidigt v. Staudinger-Engelmann (Anm. 4 zu § 1795) zwar die Nichtigkeit der in Widerspruch mit § 181 BGB. vom gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte, unterwirft dagegen die Rechtsgeschäfte des § 1795 BGB. den Bestimmungen des § 177 BGB., so daß der Muntwalt nur wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht zu behandeln ist. Umgekehrt befürwortet v. Blume (Anm. 3 und 4 zu § 1795) die Nichtigkeit der dem § 1795 BGB. zuwider vorgenommenen Rechtsgeschäfte, dagegen die bloße Unwirksamkeit der dem § 181 BGB. widersprechenden. Da nun allerdings im § 181 BGB. die Gestattungsausnahme vorgesehen ist, so dürfte diese letztere Ansicht mehr dem Wortlaut des Gesetzes entsprechen als die v. Staudinger-Engelmanns. Jedenfalls ergibt sich aber damit die Notwendigkeit, die Wirksamkeit eines dem § 181 BGB. zuwider vorgenommenen Rechtsgeschäfts zu prüfen, um von dem maius auf das minus zu schließen, denn wenn das Kontrahieren mit sich selbst möglich

erscheint, so kann, umgekehrt wie die Folgerung der vereinigten Zivilsenate, das Kontrahieren mit den in § 1795 Ziff. 1 BGB. genannten Personen oder das Selbstkontrahieren nach Ziff. 2 nicht strengeren Normen unterworfen sein [71]).

Mehrfach hat man angenommen, daß solche Verträge zwischen Vater und Sohn nichtig seien [72]). Indessen dürfte wohl heute als herrschend die gegenteilige Auffassung betrachtet werden [73]). Insbesondere weist Oertmann [73]) darauf hin, daß, falls in § 181 BGB. ein Verbotsgesetz zu erblicken wäre, dies nicht als Verstoß gegen § 134 BGB. aufgefaßt werden müsse, sondern, da nur das Interesse des Vertretenen geschützt werde, „§ 181 in solchen Fällen ein vollständiges Ebenbild zu den Verkehrsverboten im Sinne des § 135" enthalte, also relative, durch Genehmigung zu beseitigende Unwirksamkeit vorliege. Entscheidend erscheint mir aber die Begründung des Reichsgerichts (Bd. 56 S. 108 und Bd. 67 S. 55), daß wenn das Selbstkontrahieren ausdrücklich oder stillschweigend gestattet werden kann, die Annahme, daß es sich ohne diese Gestattung um mehr als eine genehmigungsfähige Vollmachtsüberschreitung handele, widerspruchsvoll erscheint.

Bei dieser Annahme kann aber nach dem oben aufgestellten Schluß vom maius zum minus auch für die Fälle des § 1795 BGB. nur angenommen werden, daß es sich um unwirksame, nicht aber nichtige Geschäfte handelt [74]), so daß die Parallele mit

---

[71]) § 1795 Ziff. 3 BGB. kommt aus prozeßrechtlichen Gründen nicht in Frage; vgl. v. Blume Anm. 4 am Ende zu § 1795.

[72]) So heute v. Staudinger-Riezler Anm. 6 zu § 181, der die Genehmigungsfähigkeit nur für den bevollmächtigten Vertreter annimmt, aber für die gesetzliche Vertretung im Hinblick auf die §§ 26 Abs. 2 Satz 1, 86 BGB., wo es an einer die Genehmigung erteilenden Person überhaupt fehlen soll, ablehnt. Dagegen, daß aus diesen Gesetzesbestimmungen ein grundsätzlicher Standpunkt des Gesetzgebers gefolgert werden könne: Planck Anm. 3a zu § 181 unter Aufgabe der in den drei ersten Auflagen vertretenen gegenteiligen Ansicht. Gegen die Genehmigungsfähigkeit noch RGE. Bd. 51 S. 426.

[73]) vgl. v. Blume und Planck a. a. O.; Oertmann Anm. 2 b β zu § 181; Dernburg Bd. 1 § 170 III; Enneccerus Bd. 1 § 168 III, 2; Cosack Bd. 1 § 68 I, 3 (anders in früheren Auflagen!); Endemann Bd. 1 § 80 Anm. 31; Hupka S. 342, RGE. Bd. 56 S. 108, Bd. 67 S. 56, Bd. 68 S. 40.

[74]) vgl. die oben angeführte RGE. Bd. 68 S. 40; ebenso Fuchs Anm. 3 Ia zu § 1795; Brett, Vormundsschaftsgerichtliche Genehmigung Anm. 1 auf S. 394 und die dort angeführte ältere Literatur, ferner Windscheid-Kipp Bd. 3 S. 153. Über das Gegenargument aus der Entstehungsgeschichte des § 1795 vgl. v. Blume Anm. 3 zu § 1795, gegen dessen Anwendbarkeit doch wohl die Existenz des § 181 BGB. in dem oben angeführten Sinne spricht, zumal sich hier der Wortlaut „kann nicht" auch als einer milderen Auslegung fähig erwiesen hat, was bei Festhalten an der gegenteiligen Auslegung durch die vorgesehene Gestattungsausnahme allein nicht ganz zu rechtfertigen wäre (vgl. die noch in dem Sinne entscheidende RGE. Bd. 51 S. 426).

dieser Bestimmung zumindest angesichts der Streitigkeit der Frage nicht überzeugend wirken kann.

Das gleiche gilt m. E. von dem weiteren Hinweis darauf, daß auch für das Vormundschaftsgericht die Vorschrift des § 181 BGB. gelten müsse, so daß „ebensowenig wie das Gericht dieser Vorschrift zuwider für die mehreren Mündel untereinander ein Rechtsgeschäft abschließen kann, ebensowenig es die Vornahme einem anderen Vertreter rechtsgeschäftlich (durch Vollmacht) gestatten kann". Ich glaube indessen, daß diese Auffassung dem § 1846 BGB. widerspricht. Denn es sind doch auch Fälle denkbar, in denen die Voraussetzungen gleichzeitig in den Personen zweier Mündel eintreten und nun ein Rechtsgeschäft zwischen ihnen vorgenommen werden muß. Gilt dann § 1846 BGB. nicht mehr? v. Staudinger-Engelmann (Anm. 2 zu § 1846) führt als Fall rein tatsächlicher Fürsorge an, daß das Vormundschaftsgericht in Vertretung des Mündels dessen plötzlich gefährdete Forderung kündigen kann. Wie, wenn der Schuldner auch solch ein Mündel ist? Oder wenn Zweifel deshalb hier berechtigt erscheinen, weil die Entgegennahme einer Kündigung nicht „im Interesse" des zweiten Mündels läge, so kann sich doch schließlich eine Konstellation ergeben, nach der der Abschluß eines für beide Mündel gleich günstigen und nach der Geschäftslage dringend notwendigen Vertrages geboten erscheint. Ich glaube nicht, daß wenn solche Möglichkeiten bestehen, die Anwendbarkeit des § 1846 BGB. durch § 181 BGB. in Frage gestellt werden kann[75]). Endlich aber könnte doch auch der ordentliche gesetzliche Vertreter den Vertreter eines Dritten bevollmächtigen, im Namen des Dritten und des Mündels zu kontrahieren. Warum soll das Vormundschaftsgericht dies in dringenden Fällen, wo es selbst als Vertreter des Mündels auftritt, dies nicht gegenüber dem Vater tun können? Ich glaube daher, daß in den seltenen Fällen, in denen bei Verdingungsverträgen zwischen gesetzlichem Vertreter und Minderjährigem eine gewisse Dringlichkeit das unmittelbare Eingreifen des Vormundschaftsgerichts rechtfertigt, ein Unterschied zwischen der unmittelbaren Vertretung des Minderjährigen durch das Gericht und einer Genehmigung des Gerichts zum Selbstkontrahieren des Muntwalts nicht gefunden werden kann[76]).

---

[75]) Letzten Endes würde dadurch das suum cuique tribuere der die freiwillige Gerichtsbarkeit ausübenden Behörde angezweifelt werden! Insoweit erscheint mir aber jede Justizbehörde als unantastbar und nicht dem § 181 BGB. unterworfen. Ein, freilich nicht ganz zutreffendes, Vergleichsstück bildet die Mitwirkung des Prozeßrichters beim Vergleich.

[76]) Ebenso v. Blume Anm. 4 zu § 1795; Enneccerus Bd. 1 Anm. 11 zu § 168, anscheinend ohne Erfordernis der Dringlichkeit; zweifelnd Enneccerus-

## B. Dienst- und Arbeitsverhältnisse des Hauskindes.

1. § 1617 BGB. Nach § 1617 BGB. ist der Minderjährige auch ohne Vertrag verpflichtet, in einer seinen Kräften und seiner Erziehung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäft Dienste zu leisten. Voraussetzung hierbei ist, daß er dem elterlichen Hausstand [77]) angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird.

Da dieses Verhältnis, abgesehen von den anderen Voraussetzungen, in der Zugehörigkeit zur Familie wurzelt, also von vornherein gegeben ist, so fragt es sich, ob daneben vertragliche Verdingungen, wie sie oben zu A zunächst vorausgesetzt worden sind, überhaupt noch als möglich erscheinen, oder ob der § 1617 BGB. im Verhältnis zwischen Minderjährigen und Inhaber der elterlichen Gewalt ausschließlich gilt. Die Frage gewinnt insofern ihre besondere Bedeutung, als die Dienstverpflichtung des Kindes nach § 1617 BGB., wenn auch rechtlich bestätigt, ethischen Forderungen entspricht, die der Gehorsams- und Dankespflicht verwandt sind, und insofern unentgeltlich ist, als sie vom Gesetz nicht an Gegenleistungen, die nach Art und Umfang der geleisteten Arbeit zu bemessen wären, geknüpft ist [78]). Ist der Minderjährige also an die unentgeltliche Dienstleistung gebunden, oder kann zwischen

---

Kipp Bd. 2, 2 Anm. 9 zu § 116. Dagegen v. Staudinger-Engelmann Anm. 2a zu § 1785; Planck Anm. 2d zu § 181. Selbstverständlich erscheint es, daß in einer gemäß § 1822 Ziff. 2 erteilten Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die in Frage kommende Ermächtigung nicht enthalten ist (vgl. dazu RGE. Bd. 67 S. 63).

[77]) D. h. der häuslichen Gemeinschaft im räumlichen Sinne, vgl. v. Blume Anm. 2a zu § 1617; Planck Anm. 1a zu § 1617 und Lotmar Bd. 1 S. 657. Weiter gehend Dernburg Bd. 4 § 71 III; v. Staudinger-Engelmann Anm. 2a zu § 1617 und Komm. der RGRäte Anm. 1 zu § 1617, die eine räumliche Trennung zulassen, solange nur der Hausstand Mittelpunkt der Lebensbeziehungen bleibt. M. E. kommt es auf das tatsächliche Zugehörigkeitsverhältnis an, das zeitweilig völlig aufgehoben sein kann, ohne daß der Minderjährige zugleich den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen anderswohin verlegt hätte; so bei dem Einjährig-Freiwilligen, der außerhalb des Hauses schlafen und essen muß, oder dem Zögling eines Alumnats; beide gehören dem elterlichen Hausstand im Sinne des § 1617 BGB. nicht mehr an; vgl. v. Blume a. a. O. im Gegensatz zu v. Staudinger-Engelmann. Anders beim Wohnsitz und bei solchen rechtlichen Beziehungen, in denen der Begriff der Haushaltung als geschlossenen Wirtschaftskreises der Öffentlichkeit gegenüber tritt, etwa steuerrechtlich, vgl. v. Walther S. 575b 3.

[78]) Nicht für angängig halte ich es deshalb, dem im folgenden Text entwickelten Problem die Spitze dadurch abzubrechen, daß man, wie Scherer Bd. 4 S. 316 und neuestens Coulin S. 378f. wollen, die Dienstleistung des Hauskindes als durch Teilnahme am elterlichen Hausstand und Empfang von Unterhalt abgegolten ansieht, so daß die allgemeine Regel des § 611 Abs. 1 BGB. gar nicht durchbrochen erschiene.

ihm und dem Gewalthaber ebenso wie mit dem Vormund oder einem beliebigen Dritten ein Vertragsverhältnis geschlossen werden, auf Grund dessen dem Minderjährigen eine Vergütung zustehen soll?

Unzweifelhaft ist es wohl, daß zwischen den fraglichen Kontrahenten ein Vertrag dahin geschlossen werden kann, daß dem Minderjährigen vom Vater eine Leistung geschuldet wird im Hinblick auf die von ihm erfüllte Dienstverpflichtung des § 1617 BGB. Allein damit ist die Frage nicht erschöpft. Die Dienstverpflichtung des Minderjährigen ist hier nur Motiv, höchstens Bedingung dafür, daß sich der Vater zur Leistung seinerseits verpflichtet, es besteht aber kein Synallagma: der geschlossene Vertrag zwischen Vater und Sohn erscheint als Schenkung, aber nicht als gegenseitiger Verdingungsvertrag, und ist allen Vorschriften über den Schenkungsvertrag unterworfen, von denen neben dem etwaigen Widerrufsrecht des § 530 BGB. das Formerfordernis des § 518 BGB. wohl als die lästigste empfunden werden dürfte.

Opet (S. 132) faßt die Bestimmung des § 1617 BGB. als zwingendes Recht auf, dem vertraglich kein anderer Inhalt gegeben werden könnte, indem er die Dienstpflicht als eine andere Seite der Unterhaltspflicht betrachtet, die wie diese dem natürlichen Verhältnis zwischen Eltern und Kindern entspringt: Für beide Verhältnisse gelte daher der im Gesetz nur bei der Unterhaltspflicht ausdrücklich ausgesprochene Grundsatz der Unverzichtbarkeit für die Zukunft (§ 1614 Abs. 1 BGB.). Die Bestimmung sei damit der vertraglichen Einwirkung entzogen, und im übrigen widerspräche auch die Folgerung aus § 321 BGB., die aus einer vertraglichen Einigung über Dienst und Gegenleistung entspringen könnte, dem zwischen Kind und Eltern bestehenden Autoritätsverhältnis, das zu festigen § 1617 BGB. bezwecke.

Im Ergebnis übereinstimmend, jedoch ohne Begründung, erkennt auch v. Staudinger-Engelmann hier zwingendes Recht.

Lehnt Opet derart die vertragliche Einwirkung auf § 1617 BGB. ab, so beläßt er doch dem Kinde das Zugewendete unter Annahme einer Naturalverpflichtung als seitens der Eltern nicht kondizierbar, während v. Staudinger-Engelmann die oben bereits erwähnte Möglichkeit des Schenkungsvertrags offenläßt [79]).

---

[79]) Wenn ich v. Staudinger-Engelmann richtig verstehe, so kann die Anm. 8 zu § 1617 nur im Zusammenhang mit der Anm. 6 verstanden werden. Die Nichtkondizierbarkeit Opets rechtfertigt sich dann bereits durch die Bestimmung

Gegen die zwingende Natur des § 1617 BGB. macht v. Blume (Anm. 6 zu § 1617) geltend, daß die Bestimmung lediglich dem Interesse der Eltern diene und ein Verzicht darauf, anders als bei dem Unterhaltsanspruch, die Öffentlichkeit nicht berührt. M. E. ist dies der zutreffende Grund dafür, daß bei § 1617 BGB. die Unverzichtbarkeit nicht ebenso wie in § 1614 Abs. 1 BGB. zum Ausdruck gekommen ist, und es stimmt damit auch überein, wenn die Motive, ohne freilich die Frage der Verzichtbarkeit zu berühren, die Möglichkeit „einer besonderen vertragsmäßigen Verpflichtung zwischen Eltern und Kindern" neben § 1617 BGB. offen lassen [80]).

Fraglich bleibt es indessen, ob ein solcher Vertrag im Hinblick auf die von Opet erwähnte Folgerung aus § 321 BGB. als den guten Sitten widersprechend nach § 138 BGB. nichtig sein mußte. Voll dafür tritt Preller S. 28 ein, weil er den Charakter der auf dem Gedanken kindlicher Abhängigkeit ruhenden Dienstpflicht damit für zerstört hält. Aber selbst angenommen, daß dies etwa bei dem Verzicht auf die Dienstpflicht richtig wäre [81]), so wäre damit, daß ein allzu radikales Vertragsverhältnis unmoralisch erscheint, die hier obliegende Frage, ob § 1617 BGB. sonst vertraglich beeinflußt werden kann, nicht erschöpft. In jener umfassenden Allgemeinheit aber dürfte die Anwendbarkeit des § 138 BGB. deshalb nicht als zulässig erscheinen, als hier nicht, wie Preller meint, Kindesliebe oder Gehorsamspflicht

---

des § 518 Abs. 2, eine Folgerung, die auch Schwarzschild (S. 30) zieht. Ebenso im Ergebnis Preller (S. 29 f.), der einen einseitigen Leistungsvertrag des Vaters mit dem Kinde konstruiert, wobei er aber doch wohl übersieht, daß, wenn Verträge über die Dienstpflicht nichtig wären, dieser von ihm als Vergütungsversprechen bezeichnete Teil des Vertrages eben nur ein Schenkungsversprechen sein könnte und deshalb der Form des § 518 BGB. unterliegen müßte. Es ist m. E. nicht richtig, wenn er jenes Resultat mit dem Mangel des animus donandi (S. 31) begründet. Denn dann wäre die condictio indebiti gegeben (§§ 812, 814 BGB.) und damit die Aufstellung eines solchen selbständig fortbestehenden Vergütungsversprechens unterbunden. Für unverzichtbar hält auch Planck (Anm. 7 zu § 1617) die fragliche Bestimmung, läßt aber daneben die Vereinbarung einer Vergütung offen (Anm. 5 ebenda), ohne indessen die Konstruktion, die zu solchem Ergebnis geführt hat, anzugeben.

[80]) Mot. Bd. 4 S. 716; übereinstimmend damit, daß kein zwingendes Recht vorliege: Endemann Bd. 2 § 196, 3a; Enneccerus-Kipp Bd. 2, 2 § 76 III 4; Dernburg Bd. 4 § 71 Anm. 7.

[81]) Man kann sich Fälle vorstellen, in denen der Verzicht geboten erscheint! So, wenn der Sohn mit erschöpften Nerven aus dem Feld heimkommt und nun auf die vertragliche Sicherheit drängt, frei von jeder Betätigung im väterlichen Geschäft sich lediglich seinen Liebhaberstudien widmen zu dürfen. Ich halte es von vornherein für bedenklich, derart § 138 BGB. als allgemein gültiges Argument zu verwerten. Man denke an § 312 BGB., wo auch das Gesetz sich in konkreten Fällen schon wieder durchbrechen mußte.

zum Vertragsgegenstande werden, sondern reale Leistungen, die der Gesetzgeber freilich um des Ansehens und der wirtschaftlichen Stellung der Eltern wegen grundsätzlich fordert, die aber doch weggedacht werden können, ohne daß damit ausnahmslos das Eltern- und Kindesverhältnis leiden muß. Damit verliert der Hinweis auf § 138 BGB. seine Allgemeingültigkeit und bleibt nur im Einzelfall beachtlich. So halte ich es für ausgeschlossen, daß sich ein Kind auf die Einrede des § 321 BGB. zurückziehen könnte. Denn wenn durch die bloße Festsetzung des Umfanges der Dienstpflicht und einer dafür zu bewirkenden Gegenleistung seitens der Eltern dem Kinde das Recht eingeräumt werden sollte, seine Eltern in der Not verlassen zu dürfen, so wäre ein solcher Vertrag allerdings nichtig. Das ergibt sich aus der Sachlage, nach der eben nicht Fremde zu Fremden gegenüberstehen. Eine Berufung darauf, daß dies Recht dem Vertragsinhalte entspräche, würde die Nichtigkeit des Vertrages darzutun geeignet scheinen, so daß § 1617 BGB. wieder in seine Rechte träte und die gemachten Leistungen kondizierbar würden. Ich glaube, daß sich damit auch die Bedenken heben, die Krüger S. 769 äußert, daß ein dauernder Verzicht auf die Rechte aus § 1617 BGB. zu Härten führen könne. Denn ein Verzicht auch für den Fall der Not kann nicht der gewollte Vertragsinhalt sein und insofern allerdings ein unbedingt dauernder Verzicht nicht abgeschlossen werden. Dieser stillschweigende Ausschluß des § 321 BGB. ergibt sich aus § 157 in Verb. mit § 138 BGB. Wäre ein Vertrag trotzdem ausdrücklich so gefaßt, so wäre er oder zumindest die dahingehende Abrede eben nichtig (§ 139 BGB.).

Nicht den erwähnten Bedenken unterliegt es, daß zwischen Eltern und Kindern dann ein Dienstvertrag geschlossen werden kann, wenn er aus dem Rahmen des § 1617 BGB. überhaupt herausfällt[82]). Denn für die Streitfrage ist hier deshalb kein Raum, als die Bestimmung nicht den Sinn haben kann, die Leistungsmöglichkeit des Kindes zuungunsten der Eltern einzuschränken, andererseits aber diese eigennützig das Kind nur im Rahmen der Bestimmung beschäftigen können, weil sonst ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt vorliegen würde. Die Möglichkeit eines solchen Vertrages erscheint daher, wenn oder soweit er über den Umfang des § 1617 BGB. hinausreicht, gar nicht als von dieser Bestimmung berührt.

[82]) Beispiel: Sohn oder Tochter sollen den jüngeren Geschwistern ordentlichen Privatunterricht erteilen oder womöglich auch dem Vater selbst, etwa in der Buchführung. Ebenso Opet S. 133 und auch bezüglich der rechtlich gleichliegenden Frage bei der Ehefrau (§ 1356 Abs. 2 BGB); Oertmann, Gehaltsansprüche Sp. 126, der sonst aber auch von der Unverzichtbarkeit des ehemännlichen Anspruchs ausgeht.

2. Das gewerbliche Lehrverhältnis zwischen Eltern und Kindern. Von dem zu A Gesagten gibt die Bestimmung des § 126 b Abs. 3 GewO. eine Ausnahme, wenn der Minderjährige bei Vater oder Mutter als gewerblicher Lehrling unterwiesen werden soll. Statt eines Vertrages genügt es zur Erhaltung der mit dem Lehrvertrage verbundenen öffentlichrechtlichen Wirkungen [83]), „falls der Handwerkskammer das Bestehen des Lehrverhältnisses, der Tag seines Beginns, das Gewerbe oder der Zweck der gewerblichen Tätigkeit, in welchem die Ausbildung erfolgen soll, und die Dauer der Lehrzeit schriftlich angezeigt wird". Unterläßt der Inhaber der elterlichen Gewalt diese Anzeige, so macht er sich nach § 150 Ziff. 4 a GewO. strafbar, da er an sich bei tatsächlichem Vorliegen eines Lehrverhältnisses wie jeder andere Lehrherr zum ordnungsmäßigen Abschluß eines Lehrvertrages verpflichtet ist und nur statt dessen die einfache Anzeige an die Handwerkskammer wählen darf.

Privatrechtliche Wirkungen zwischen Vater und Sohn können durch die Bestimmungen des § 126 b Abs. 3 GewO., da es an einem Vertrage mangelt, nicht entstehen.

## III. Verdingung des Minderjährigen bei Dienstverschaffungsverträgen.

Der Dienstvertrag kann auch derart abgeschlossen sein, daß der Dienstverpflichtete Arbeit demjenigen zu leisten haben soll, den ihm der Vertragsgegner bestimmt. Wirtschaftlicher Zweck dieser Art von Verträgen ist, daß der Dienstberechtigte Dritten gegenüber, die ein Bedürfnis nach Arbeitsleistung haben, die für solche Arbeitsleistungen erforderlichen Dienstkräfte zu stellen sich verpflichtet hat oder verpflichten will, sei es gewerbsmäßig oder im Einzelfall. Es handelt sich also um zwei Verträge, nämlich um einen Dienstvertrag zwischen demjenigen der Dienste leisten will und seinem Kontrahenten, der als „Unternehmer" bezeichnet werden soll, einerseits [84]) und einem Vertrag zwischen diesem Unternehmer und einem Dritten, der die Arbeitskräfte benutzen

---

[83]) z. B. die Ablegung der Gesellenprüfung im Handwerk ist nur nach einer ordentlichen Lehrzeit möglich (§ 131 GewO.) und bedingt daher auch Voraussetzungen in der Person des Lehrherrn (§§ 126, 126a, 129 GewO.), die nicht schon durch die dem Elternteil zustehende Erziehungsgewalt gedeckt werden. Vgl. ferner § 87 Abs. 4 GewO. (Voraussetzungen für die Aufnahme als Innungsmitglied).

[84]) Die Bezeichnung dieses Dienstvertrages als „Dienstverpflichtungsvertrages" (Schroeder S. 6) ist m. E. unnötig, da er aus dem Rahmen des § 611 Abs. 2 BGB. nicht herausfällt.

will, andererseits. Dieser letztere Vertrag wird seinem Zwecke nach treffend als Dienstverschaffungsvertrag bezeichnet [85]).

Das Zustandekommen des Dienstvertrages zwischen dem Minderjährigen und dem Unternehmer bietet keine Besonderheiten. Es gelten dafür die von der Verdingung oben zu § 2 I angeführten Grundsätze, und wenn gesetzlicher Vertreter und „Unternehmer" zusammenfallen, gilt das oben zu § 2 II A 1 Gesagte, derart daß es dann wegen § 181 BGB. der Bestellung eines Pflegers zum Zustandekommen des Vertrages bedarf. Der zwischen Unternehmer und Drittem geschlossene Dienstverschaffungsvertrag interessiert hier in seiner rechtlichen Bewertung nicht, wohl aber das Verhältnis, das zwischen dem Minderjährigen und dem Dritten besteht, bei dem der Minderjährige die Arbeit leistet. Hier liegt in rein tatsächlich äußerlicher Beziehung ein dem Arbeitsvertrag ähnliches, rechtlich aber von ihm sehr verschiedenes Verhältnis vor.

Ehe jedoch hierauf eingegangen werden soll, sei noch zweier Fälle gedacht, wo die Dienstabhängigkeit des Minderjährigen gegenüber dem „Unternehmer" nicht auf Vertrag beruht, sondern auf einem speziell dem Minderjährigen gegenüber zustehenden Gewaltverhältnis. Das eine Beispiel hierfür ist der bereits oben § 2 I C 2 unter anderem Gesichtspunkt gebrachte Fall, daß der Fürsorgezögling von der zuständigen Behörde bei einem Arbeitgeber auf Grund des zwischen ihr und dem Arbeitgeber geschlossenen Dienstverschaffungsvertrages untergebracht wird als Lehrling, Dienstbote oder anderswie. Der zweite Fall entspringt dem Dienstanspruch, den der Vater auf Grund des § 1617 (vgl. oben § 2 II B 1) gegen den Minderjährigen hat. Auch hier fehlt ein Vertrag zwischen dem Minderjährigen und dem Vater, im übrigen aber unterscheidet sich diese Möglichkeit von allen anderen ganz scharf dadurch, daß dort der Unternehmer in seinem Verhältnis zu dem Minderjährigen gänzlich frei ist — so die Fürsorgebehörde — oder aber seine Ansprüche gegen ihn je nach dem erlaubten Inhalt des Dienstvertrages begrifflich unbeschränkt regeln kann. Hier dagegen besteht der Anspruch des Vaters nur auf Dienste im eigenen Hauswesen oder Geschäft, kann also nur dann im Dienstverschaffungsvertrag verwertet werden, wenn die Dienste des Minderjährigen an anderen gleichzeitig als solche Dienste für den Vater erscheinen [86]). Möglich ist dies dann, wenn der Vater selbst zur Leistung gleicher Dienste verpflichtet ist und die Leistung

---

[85]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 456 und v. Staudinger-Kober Anm. III a zu § 611, der aber m. E. nicht ganz scharf die Dienstvermittlung von der Dienstverschaffung trennt; Endemann Bd. 1 § 179 Anm. 9; dazu Dalberg S. 14 und Schroeder S. 24 f.

[86]) vgl. Enneccerus-Kipp Bd. 2, 2 § 76 Anm. 2.

solcher Arbeit in seinen beruflichen Tätigkeitskreis fällt. Als Beispiel bietet sich das Dienstverhältnis, in dem die nordostdeutschen Insten zur Gutsherrschaft stehen, und das sie verpflichtet, nicht nur auf dem Hof selbst zu arbeiten, sondern auch noch einen oder mehrere Scharwerker oder Hofegänger zur Arbeit zu stellen [87]). Das ist neben der Ehefrau häufig der heranwachsende, noch minderjährige Sohn des Insten [88]). Dadurch, daß der Vater der eigenen Leistung weitere Arbeitskräfte zuzufügen hat, nähert sich dieser Vertrag scheinbar dem Werkvertrag, unterscheidet sich aber doch ganz wesentlich von ihm dadurch, daß der Vater dem Gutsherrn gegenüber nicht einen Erfolg erarbeiten soll, zu dem er sich des Minderjährigen als eines Gehilfen bedient (§ 278 BGB.), sondern daß es sich nur um Dienstleistung handelt, nämlich um eine Verdingung des Vaters selbst, deren Umfang aber von vornherein schon so groß bemessen ist, daß er vertragsmäßig die Dienstkraft anderer Personen neben seiner eigenen gestellen soll [89]).

Um nunmehr zu der obigen Frage zurückzukehren: Nach der Struktur des Gesamtverhältnisses besteht ein Vertragsverhältnis zwischen dem Minderjährigen und dem Dritten in keinem der gedachten Fälle [90]). Anspruchsberechtigt gegenüber dem Minderjährigen erscheint allein der „Unternehmer", sei es nach dem Dienstvertrag, sei es auf Grund des gesetzlichen Gewaltverhältnisses in Ausübung der Fürsorgeerziehungsgesetze oder des § 1617 BGB.

Ist dieser Anspruch aber abtretbar, und liegt eine Abtretung vor? Möglich ist die Übertragung der vertraglichen Dienstberechtigung (§ 613 Satz 2 BGB.). Dagegen ist die Abtretung des Anspruchs auf die Dienste nicht denkbar im Fall des § 1617 BGB. [91]), da dieser Anspruch lediglich auf dem Eltern- und Kindesverhältnis ruht und persönliche Voraussetzungen erfordert — und endlich die Erziehungsbehörde hat überhaupt keinen Dienstanspruch gegen den Zögling, der abgetreten werden könnte, sondern nur ein Disziplinarrecht kraft ihrer gesetzlichen Erziehungsgewalt. Ich glaube aber nicht, daß man deshalb zu einem unterscheidenden Ergebnis innerhalb dieser verschiedenen Arten von Dienstverschaffung kommen kann. Denn auch dort, wo den Unternehmer und den Dienstverpflichteten der

---

[87]) vgl. dazu v. Schmoller S. 284 (742); Lotmar Bd. 1 Anm. 2 auf S. 99 mit dem Zitat von Weber.

[88]) vgl. Stieger S. 39, 41.

[89]) Im Ergebnis wohl ebenso, doch irreführend durch den Ausdruck „Gehilfen": Lotmar Bd. 1 Anm. 2 auf S. 99; ferner Oertmann, Verträge S. 19.

[90]) Ebenso Dalberg S. 142; Schroeder S. 32.

[91]) v. Blume Anm. 7 zu § 1617; v. Staudinger-Engelmann Anm. 9 zu § 1617; Planck Anm. 2 zu § 1617.

Dienstvertrag bindet, dürfte eine Zession des Dienstanspruchs als nicht mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmend abzulehnen sein. Denn es kann nicht in dem wirtschaftlichen Interesse und darum nicht in dem Willen des Unternehmers liegen, sein Herrschaftsverhältnis über die Dienstkraft durch eine Zession dem Dritten abzutreten, also vermittelnd zu wirken, sondern er ist es, der aus der Überlassung ihm zur Verfügung stehender Arbeitskraft dauernd Rechtsfrüchte ziehen will. Mit Recht vergleicht daher Schroeder, indem er die Verfügungsmöglichkeit über fremde Arbeitskraft als Vermögen betrachtet, den Dienstverschaffungsvertrag mit der Miete. Dem entsprechend würde bei Annahme einer Zession ein dem Kauf ähnliches Moment hineingetragen werden. Diese Gedanken sollen nicht weiter verfolgt werden, sie erhellen aber doch recht genau, wie der Vertrag nach dem Willen der Parteien auszulegen ist, und widerlegen die Annahme einer Anspruchszession. Ferner würde durch die Zession die Freiheit des Unternehmers aufgehoben sein, die gestellte Arbeitskraft nach Belieben mit einer anderen zu vertauschen, was sicherlich nicht der Verkehrsauffassung entsprechen dürfte[92]).

Wenn aber keine Abtretung angenommen werden kann, so scheint das Verhältnis zwischen dem Minderjährigen und dem Dritten lediglich ein tatsächliches zu sein. Trotzdem ist es nicht ganz abweisbar, dem Dritten diejenigen Pflichten aufzuerlegen, die mit seiner tatsächlichen Stellung als Arbeitgebendem zusammenhängen[93]). Wenn man dies als Kehrseite dazu auffaßt, daß der Dritte tatsächlich ja auch die Nutzungen der Arbeitskraft hat, so kann man zu dieser Folgerung auf Grund des zwischen ihm und dem Unternehmer geschlossenen Dienstverschaffungsvertrages gelangen. Dies gilt insbesondere für die §§ 618, 619 BGB. Denn, wenn der Dienstverpflichtete auf Geheiß des Unternehmers bei dem Dritten in unzulänglichen Räumen arbeiten soll, so ist der Unternehmer auf Grund des Dienstvertrages dem Verpflichteten verantwortlich; ihm aber wiederum ist der Dritte dafür verant-

---

[92]) Gedacht ist hierbei immer an den typischen Dienstverschaffungsvertrag, vgl. die Beispiele bei Dalberg S. 140 f.: Gestellung einer Truppe für ein Varieté durch deren Impresario, einer Schreibmaschinistin durch ein Schreibmaschinenbureau, eines roten Radlers oder Messenger-Boys durch dessen Geschäftsbureau u. ä. Sonderabreden, nach denen die besonders geschätzte Arbeitskraft gestellt oder nicht mehr entzogen werden soll, ändern nichts hieran, denn auch dann liegt keine Zession vor, sondern eine vertragliche Variation über die Ausführung der Erfüllung. Gegen die Annahme einer Zession Dalberg S. 142; Schroeder S. 32; vgl. auch Oertmann, Verträge S. 25.

[93]) So Schroeder S. 32, aber ohne Begründung: „gewisse Gläubigerpflichten übernimmt aber teilweise der Empfänger, so die Sorge für die Gesundheit — event. Wohnung, Verpflegung — der Arbeiter".

wortlich, daß er die überlassene Dienstkraft nicht in gesetzwidriger Weise nutzt, also auf Grund des Dienstverschaffungsvertrages, der die dem Schutz der Gesetze entsprechende ordentliche Nutzung naturaliter fordert.

Ganz deckt sich aber diese Lösung nicht mit dem Problem. Denn nicht ein Anspruch des Dienstverpflichteten gegen den Dritten ist damit gegeben, sondern nur ein Anspruch des Unternehmers gegenüber dem Dritten. Und vollends zweifelhaft ist die Frage, wo es an einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Minderjährigen und dem, der seine Dienste dem Dritten verschafft hat, fehlt. Zwar bei dem Instverhältnis und ähnlichen auf § 1617 BGB. ruhenden Dienstverschaffungsverträgen dürfte die analoge Anwendung des § 618 BGB. im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern von vornherein gegeben sein[94]), so daß dann kein Unterschied von den vorgedachten Fällen vorliegt. Wie aber, wenn die Erziehungsbehörde den Fürsorgezögling in Arbeit bringt? Hier wäre niemand, der dem Zögling haftet, denn Vertrag oder Gesetz, die bei den übrigen Dienstverschaffungsverträgen das rechtliche Band zwischen dem Minderjährigen und dem „Unternehmer" bilden, fehlen hier: lediglich durch öffentlichrechtliche Bestimmung ist die Behörde berechtigt, die Verdingung als Erziehungsmaßregel durchzuführen. Wer ist hier dienstberechtigt, wer Arbeitgeber? Selbst wenn man das oben über die Zession des Arbeitsanspruchs Gesagte nicht anerkennen wollte, so würde in diesem Fall doch auch mit der Annahme einer Zession nichts gewonnen sein, denn die Behörde hat Erziehungspflicht und -recht, aber keinen Arbeitsanspruch, den sie abtreten könnte. Damit drängt sich aber die Analogie zwischen der Stellung eines Dienstberechtigten und der des Dritten, der die Arbeitskraft doch tatsächlich nutzt, auf. Zwar nicht auf Grund eines eigenen Rechtes, wohl aber dadurch, daß er die Erziehungsgewalt der Behörde durch den abgeschlossenen Vertrag praktisch auf sich übergeleitet hat, hat er die volle Stellung eines Dienstberechtigten und muß als solcher auch entsprechend haften. Es handelt sich nicht um eine Zession, da der Erziehungsbehörde selbst kein Anspruch auf Dienstleistung gegen den Zögling, der zediert werden könnte, zusteht, sondern um eine im Wege der Analogie dem Dritten aufzuerlegende Haftung gegenüber dem Fürsorgezögling, derart, als wenn die Behörde in Vertretung des Zöglings den Vertrag für diesen abgeschlossen hätte, so daß der Anspruch in diesem Falle unmittelbar dem Dienste leistenden Zögling zusteht.

---

[94]) v. Blume Anm. 5a zu § 1617, weil das Kind nicht schlechter stehen kann als ein Dienstbote.

Damit eröffnen sich aber bereits zwei weitere Fragen: 1. ist diese Analogie auf die übrigen Dienstverschaffungsverträge zu übertragen? und 2. sowohl der Haussohn wie der Fürsorgezögling arbeiten unentgeltlich; denn der von dem Dritten entrichtete Betrag ist nicht Lohnzahlung, sondern Gegenleistung aus dem Dienstverschaffungsvertrag; sind Haussohn und Fürsorgezögling öffentlichrechtlich versicherungspflichtig?

Beide Fragen werden verneint werden müssen. Denn bezüglich der Analogie bei dem Dienstverschaffungsvertrag seitens der Fürsorgeerziehungsbehörde kommt nicht nur das allerdings allen anderen Dienstverschaffungsverträgen ebenfalls gemeinsame Moment in Frage, daß der Dritte die tatsächliche Herrschaftsgewalt wie ein wirklich Dienstberechtigter ausübt, sondern es unterscheidet sich dieser Dienstvertrag doch ganz erheblich von den drei anderen Gruppen dadurch, daß hier die rechtliche Beziehung zwischen Minderjährigem und Unternehmer fehlt. Gerade dadurch aber läßt sich die Stellung der Behörde besser mit der eines gesetzlichen Vertreters vergleichen, und die Analogie besteht nicht nur aus dem vorbezeichneten Grunde, sondern ebensosehr aus der Ähnlichkeit dieses besonderen Dienstverschaffungsvertrages mit dem durch den gesetzlichen Vertreter geschlossenen normalen Verdingungsvertrag[95]). Dies gilt nicht für die anderen Dienstverschaffungsverträge: hier steht immer zwischen dem Dritten und dem Minderjährigen eine Person, deren Herrschaftsverhältnis über den Dienstverpflichteten aus einem Anspruch sich herleitet, dessen Grenzen für die Dienstverschaffungsverträge bestimmend sind. Es hieße aber den Unterschied zwischen dem Verhältnis, das auf Grund des Dienstverschaffungsvertrages entstanden ist, und der durch gesetzliche Vertretung zustande gekommenen Verdingung des Minderjährigen mit einem Dritten verwischen, wollte man hier dem Dritten eine über den Dienstverschaffungsvertrag hinaus bindende unmittelbare Verpflichtung gegenüber dem Minderjährigen auferlegen. Vielmehr kann nach dem oben Dargelegten der Dritte nur dem Unternehmer gegenüber dafür einstehen, wenn der Verpflichtete gegen diesen Haftungsansprüche aus dem Dienstvertrage geltend macht, die sich aus Verstößen gegen den Schutz des Arbeiters herleiten.

Wirtschaftlich kommt dem Arbeiter damit die möglicherweise größere Sicherheit in der Person des Dritten — die stets beim Instverhältnis vorliegt — zugute, zumal wenn er sich die An-

---

[95]) vgl. die Entscheidung des Kammergerichts oben in Anm. 56, die, m. E. allerdings irrtümlich, sogar zur Annahme einer wirklichen gesetzlichen Vertretung gelangt.

sprüche des Unternehmers gegen den Dritten abtreten läßt. Ganz so günstig, als wenn er unmittelbar bei dem kapitalkräftigeren Dritten angestellt gewesen wäre, steht er freilich nicht, aber die gleiche Wirkung kann nicht bei den bestehenden Unterschieden der beiden Rechtslagen vorliegen. Denn die Tatsache, daß der Dienstverpflichtete zur Ausführung seines Dienstes bei einem anderen arbeiten soll, ist für den zwischen ihm und dem Unternehmer abgeschlossenen Dienstvertrag rechtlich nur von zufälliger Bedeutung.

Wohl aber läßt sich durch eine dahin zielende Sondergestaltung des Dienstverschaffungsvertrages dem Dienstverpflichteten eine gleich günstige Stellung geben, als wenn er bei dem Dritten unmittelbar angestellt wäre. Denn es kann Vertragsinhalt zwischen dem Unternehmer und dem Dritten werden, daß die Haftungsansprüche gegen letzteren dem Dienstverpflichteten selbst zustehen sollen (§ 328 BGB.; vgl. oben Anm. 57). So kann sich insbesondere bei dem Fall der Verdingung des Fürsorgezöglings der Arbeitgeber der Erziehungsbehörde gegenüber vertraglich verpflichten, die Fürsorgemaßnahmen der §§ 617 f. BGB. zu treffen. Fraglich kann es hierbei sein, ob mangels klarer Vertragsbestimmungen der Anspruch dem Dienstverpflichteten selbst zustehen soll. Indessen dürfte dies als dem Zwecke des Vertrags entsprechend zu bejahen sein. Denn es handelt sich bei einer solchen Vereinbarung nach dem oben Ausgeführten nicht um eine Begründung der Haftung des Dritten, die vielmehr schon dem Unternehmer gegenüber besteht. Es kann daher auch nicht der Zweck einer solchen Bestimmung sein, lediglich den Zahlungsmodus derart ändern zu wollen, daß anstatt dem Unternehmer unmittelbar dem beschädigten Dienstverpflichteten geleistet werden soll, sondern es kann als den Umständen entsprechend nur angenommen werden, daß solchenfalls der Anspruch gegen den Dritten dem Dienstverpflichteten selbst zustehen soll. Dieser kann demnach auf Grund der ihm zugunsten getroffenen Vereinbarung zwischen Unternehmer und Drittem selbständig den Entschädigungsanspruch gegen den Dritten geltend machen.

Bezüglich der Beiträge für die öffentlichrechtliche Versicherung gilt entsprechendes. Entgeltliche Verwertung der Arbeitskraft seitens des Minderjährigen findet sich nur bei den auf Dienstvertrag gegründeten Dienstverschaffungsverträgen. Hier ist der Unternehmer also der beitragspflichtige Arbeitsgeber. Der Hausson und der Fürsorgezögling arbeiten jedoch unentgeltlich[96]), und es kann in dieser Frage kein Unterschied dadurch entstehen, daß

[96]) Ebenso Horion S. 78.

von dem Hausſohn die Arbeit für den Vater an anderen geleiſtet wird und bei dem Fürſorgezögling die Erziehungsmaßnahme in Form von Arbeit außerhalb geſchloſſener Anſtalten durchgeführt wird. Praktiſch wird m. W. allerdings von letzterem abgewichen, wobei man das der Erziehungsbehörde entrichtete Entgelt als „Lohn" betrachtet, doch dürfte, da eben eine entgeltliche Verwertung der Arbeitskraft nicht vorliegt, die Entſcheidung an ſich zutreffen [97]).

## IV. Formvorſchriften.

### A. Zwingende Formvorſchriften.

a) Zwingende Formvorſchriften, d. h. ſolche, bei deren Nichtbeachtung überhaupt kein Verdingungsvertrag entſteht, gibt es reichsrechtlich nicht, wohl aber bei dem durch Art. 95 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen landesrechtlichen Geſinderecht [98]). Soweit hier die Form nicht gewahrt iſt, iſt der Vertrag nach § 125 Satz 1 BGB. nichtig, möglicherweiſe aber, wenn das Landesrecht dies offen hält, durch Erfüllung, d. h. Antritt des Dienſtes heilbar. Iſt der Vertrag nur wegen dieſes Formfehlers nichtig und nicht mehr heilbar, ſo haften der Minderjährige und der ſcheinbare Dienſtherr einander nach den Vorſchriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, da der von dem Minderjährigen geleiſtete Dienſt einer auf Grund eines nichtigen obligatoriſchen Vertrages übereigneten Sache gleichſteht (vgl. dazu unten § 3 II B 3).

b) Wegen der großen Mannigfaltigkeit des deutſchen Geſinderechts [99]) ſollen im folgenden nur die in den vier Königreichen geltenden Beſtimmungen berückſichtigt werden. Bayern, Württemberg und Sachſen haben ſich anläßlich der Einführung des Bürgerlichen Geſetzbuchs dem Reichsrecht angepaßt und Form-

---

[97]) Das von dem Dritten entrichtete Entgelt wird den ehemaligen Fürſorgezöglingen ſpäter ausgehändigt (vgl. Horion a. a. O.). Doch iſt dies lediglich eine dem ganzen Inſtitut gerecht werdende Verwaltungsmaßregel, die an der Tatſache, daß es ſich nicht um Entlöhnung handelt, nichts ändert.

[98]) Nach Endemann, Bd. 1 § 18 Ziff. 3 u. § 174 Ziff. 5c, bezieht ſich der Vorbehalt des Einführungsgeſetzes zugunſten der Landesgeſetze nur auf die mit dem Inhalt der vorbehaltenen Rechtsmaterie zuſammenhängende Sonderordnung, wozu die Formvorſchriften nicht gehören und daher auch nicht durch den Vorbehalt gedeckt ſein ſollen. Ohne auf die darin liegende allgemeine Einſchränkung des Vorbehalts einzugehen, glaube ich aber, man könnte von der Art des Vertragsſchluſſes ebenſo leicht das Gegenteil behaupten. Denn die Verdeutlichung des Vertragsſchluſſes durch eine Form kann, da das Geſinde oft geſchäftsunkundig iſt, ganz gut als eine ſolche mit der vorbehaltenen Rechtsmaterie zuſammenhängende und vom Geſetzgeber deshalb gewollte Sonderordnung betrachtet werden.

[99]) vgl. die Zuſammenſtellung bei Neumann Bd. 3 zu Art. 95 EG. z. BGB.

freiheit geschaffen. Dagegen herrschen in Preußen teilweise noch Gesetze aus dem 18. Jahrhundert.

Als gesetzliche Form kommt hier neben der Schriftlichkeit [100]) zumeist die Hingabe eines Draufgeldes [101]) in Frage und muß daher beachtet werden, soweit nicht Heilbarkeit vorgesehen ist [102]). Etwas anderes ist es dagegen, wenn diese Form lediglich eine vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch herrschende allgemeine Formbedürftigkeit obligatorischer Verträge erleichtern sollte. Mit dem durch die grundsätzliche Formfreiheit des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgehobenen alten Rechtszustand muß daher auch die darauf zielende Ausnahme als antiquiert fortfallen [103]).

## B. Formvorschriften, die die privatrechtliche Gültigkeit der Verdingung nicht berühren.

Die Aufstellung solcher nicht zwingenden Formvorschriften kann bezwecken, a) den an sich gültigen Vertrag zu befestigen, b) den Abschluß des Vertrages einer öffentlichen Kontrolle zu unterstellen. Beides kann sich, z. B. bei der Anmusterung (unten folgend zu 1 c) vermischen.

### 1. Befestigende Formvorschriften.

a) Nach § 126 b GewO. ist vier Wochen nach Beginn des Lehrverhältnisses der gewerbliche Lehrvertrag schriftlich abzuschließen

---

[100]) § 6 DienstbO. f. Ostfriesland und Harlingerland v. 10. 7. 1859 und § 4 DienstbO. f. Hohenzollern-Sigmaringen v. 31. 1. 1843: daneben in beiden Fällen auch Hingabe eines Draufgeldes.

[101]) Art. 9 DienstbO. f. Osnabrück v. 28. 4. 1838, § 13 DienstbO. f. Bremen, Verden v. 12. 4. 1844, § 6 DienstbO. f. Hanover, Hildesheim, Lüneburg und Harzbezirk v. 15. 8. 1844, § 6 DienstbO. f. Ostfriesland und Harlingerland v. 10. 7. 1859, § 8 GesO. f. Schleswig-Holstein v. 25. 2. 1840, § 7 DienstbEdiktes f. Lauenburg v. 22. 12. 1732, §§ 8, 9 GesO. f. Kassel, Marburg, Rinteln nnd Hanau v. 15. 5. 1797, §§ 8, 9 kurhessischen Verordn. v. 18. 5. 1801, § 6 Verordn. v. 28. 12. 1816 das Gei Wesen in dem Gr.-Herzogtum Fulda betr., § 5 der Nassauischen Verordn. v. 15. 5. 1819, § 3 GesO. f. Frankfurt a. M. v. 5. 3. 1822, § 4 DienstbO. f. Sigmaringen v. 31. 1. 1843 (hier kann das Draufgeld merkwürdigerweise auch vom Dienstboten der Herrschaft gegeben werden).

[102]) So in DienstbO. f. Hannover, Hildesheim usw. und in DienstbO. f. Ostfriesland usw., s. vorige Anm.

[103]) So die Vorschrift des § 23 preuß. GesO. v. 8. 11. 1810, wonach das Draufgeld die vom ALR. I, 5 § 125 bei Verträgen über 50 Talern erforderte Schriftform ersetzen sollte, während nach § 22 der Vertrag grundsätzlich formfrei ist. Mit dem Wegfall der landrechtlichen Bestimmung ist auch § 23 gegenstandslos geworden; vgl. Lindenberg Anm. 1 und Gerhard Anm. 1 zu § 23, dazu die dort angeführte Rechtsprechung. Anders Cosack Bd. 1 § 146 II, 1, der aber wohl nur versehentlich trotz § 22 sogar grundsätzlich Schriftlichkeit fordert.

Die Hingabe des Draufgeldes hat jedoch insofern auch hier eine Wirkung, als unter mehreren abgeschlossenen Gesindeverträgen der zuerst durch Draufgabe gefestigte den Vorzug hat (§ 27 ebenda).

und von dem Arbeitgeber, dem Lehrling und dessen gesetzlichen Vertreter zu unterschreiben. Da die Gewerbeordnung die Folgen von Formverletzungen erschöpfend regelt[104]), hier aber schweigt, so tritt anderenfalls nicht nach § 125 Satz 1 BGB. Nichtigkeit ein[105]), sondern die Vorschrift bezweckt zunächst nur eine Festigung des für die Zukunft des Lehrlings wichtigen Vertrages, dessen öffentlichrechtliche Wirkungen auch ohne sie entstehen. Wohl aber ist die Schriftform Voraussetzung für den Anspruch des Lehrherrn auf Rückkehr des Zöglings, wenn dieser unbefugt fortbleibt (§ 127 d GewO.)[106]).

b) Ähnlich wirkt die Bestimmung des § 79 HGB. beim Handelslehrvertrag, hat aber hier gleichzeitig privatrechtliche Wirkungen für den Arbeitgeber, indem dieser Ansprüche gegen den Lehrling wegen unbefugten Austritts aus der Lehre nur geltend machen kann, wenn der Vertrag schriftlich abgeschlossen war. Diese Ansprüche können Geldansprüche sein oder wie zu a) der Anspruch auf Rückkehr[107]).

c) Formfrei gültig ist auch der Heuervertrag nach § 27 Abs. 1 Satz 1 SeemO. Jedoch werden durch die Anmusterung (§ 13 ebenda) öffentlichrechtliche Wirkungen bedingt, so nach § 33 ebenda die Erzwingbarkeit des Dienstverhältnisses und nach § 130 ebenda die Zuständigkeit des Seemannsamtes für Streitigkeiten zwischen Kapitän und Schiffsmann. Auch privatrechtlich äußert die Anmusterung eine Wirkung insofern, als bei mehreren Verträgen der durch Anmusterung gefestigte den Vorzug hat (§ 30 ebenda).

2. Formvorschriften zur öffentlichen Kontrolle. Der öffentlichen Kontrolle dienen gewisse Legitimationen des Arbeitnehmenden, ohne die der Abschluß eines Verdingungsvertrages zwar nicht nichtig, wohl aber strafrechtlich verboten ist. Es handelt sich mithin nicht um eigentliche Formvorschriften, wiederum aber auch nicht um Voraussetzungen des Vertragsabschlusses, da dessen Gültigkeit unberührt bleibt. Es sei jedoch wegen der praktischen Ähnlichkeit die nicht ganz zutreffende Einordnung an dieser Stelle gestattet.

---

[104]) vgl. v. Landmann Anm. 2 zu § 126 b und die dort zit. Literatur; ferner v. Rohrscheidt Anm. 3 zu § 126 b.

[105]) Nach § 150 Ziff. 4 a GewO. macht sich jedoch der Lehrherr, der die Formvorschrift nicht beachtet, einer Übertretung schuldig. Zur ordnungsmäßigen Schriftform gehört die Aufnahme der in § 126 b Abs. 1 GewO. enthaltenen vier Punkte.

[106]) Nicht zu den gewerblichen Lehrlingen gehören die Lehrlinge in Apotheken, da die Apotheker als Vollkaufleute gelten. Für sie gilt daher das Handelsgesetzbuch, vgl. § 154 Ziff. 1 GewO.

[107]) vgl. Staub Anm. 1 zu § 79.

a) Die Legitimationen dienen entweder einer Überwachung des Minderjährigen, so die obligatorischen Arbeitsbücher und -karten[108]), durch deren Innehabung dem gesetzlichen Vertreter die Kontrolle über seinen Schützling ermöglicht werden soll — oder zur Herbeiführung geordneter Vertragsschlüsse, so die Lohnbücher und Arbeitszettel, die der Bundesrat nach § 114a GewO. für bestimmte Gewerbe vorschreiben kann, um damit unklaren Vertragsbedingungen zu begegnen, die den Arbeitnehmer schädigen, die Dienstbücher des Gesindes, die von fast allen deutschen Gesindeordnungen im Interesse der Dienstherrschaft gefordert werden, sowie die Seefahrtsbücher nach § 7 Abs. 1 SeemO.

b) Nach § 108 Satz 2 GewO. bedarf der Antrag auf Ausstellung eines Arbeitsbuches für den Minderjährigen des unmittelbaren Antrags oder der besonderen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Die Ermächtigung des § 113 BGB. enthält daher nicht schon die Befugnis für den Minderjährigen, selbst einen solchen Antrag zu stellen. Wohl aber kann die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, wenn sie von ihm nicht zu beschaffen ist oder von ihm ohne genügenden Grund und zum Nachteil des Minderjährigen verweigert wird, durch die Gemeindebehörde ergänzt werden (Satz 3 a. a. O.). Das gleiche gilt nach § 11 KinderschutzG. bei den Arbeitskarten.

Mehr als eine dem öffentlichen Recht angehörende Vorschrift zum Abschluß des Verdingungsvertrages ist aber mit diesen Legitimationen nicht gegeben, und daher hat auch die ergänzende Mitwirkung der Gemeindebehörde keine darüber hinausreichende Wirkung, insbesondere nicht diejenige privatrechtliche Wirkung, die der Ermächtigung des § 113 BGB. innewohnt, und die nur vom gesetzlichen Vertreter oder an Stelle des Vormundes vom Vormundschaftsgericht erteilt werden kann[109]). Dem entsprechend liegt aber auch nicht bereits in dem Antrage des gesetzlichen Vertreters

---

[108]) Arbeitsbücher sind nach § 107 GewO. erforderlich für diejenigen über 13 Jahre alten Minderjährigen, die nicht als „Kinder" im Sinne des § 2 KinderschutzG. anzusehen sind. Für letztere ist nach § 11 ebenda die Arbeitskarte erforderlich, in die, anders als beim Arbeitsbuch, keine Eintragungen vom Arbeitnehmer zu machen sind.

[109]) Ebenso v. Landmann Anm. 5 zu § 108; v. Rohrscheidt Anm. 7 zu § 108; Nelken S. 485; anders Sigel S. 27, der anscheinend davon ausgeht, daß überhaupt die Ausstellung des Arbeitsbuches privatrechtliche Wirkungen zeitigt, während gerade umgekehrt das Vorhandensein des Arbeitsbuches für die Gültigkeit des Verdingungsvertrages bedeutungslos ist. Dem entsprechend sieht er in § 108 GewO. eine Modifikation des § 113 BGB. dahin, daß auch die Ermächtigung des Inhabers der elterlichen Gewalt durch eine Behörde ersetzt werden könne, und „daß diese Behörde in allen Fällen nicht das Vormundschaftsgericht, sondern die Gemeindebehörde" sei.

auf Ausstellung von Arbeitsbuch oder -karte schon eine stillschweigende Ermächtigung für den Minderjährigen, sondern erst dadurch, daß dieser wirklich mit Kenntnis und ohne Widerspruch des gesetzlichen Vertreters in Arbeit tritt, kann auf eine solche geschlossen werden[110]).

---

[110]) Anders v. Landmann S. 229, der regelmäßig, wenn auch nicht notwendig, in dem Antrag des gesetzlichen Vertreters auf Ausstellung des Arbeitsbuches eine Ermächtigung nach § 113 BGB. sehen will.

M. E. könnte dies nur bei Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Stellung des Antrags durch den Minderjährigen und Bezeichnung der gestatteten Art der Verdingungsverträge gelten. Andererseits müßte sonst der von dem Minderjährigen geschlossene Vertrag gültig sein, sobald der gesetzliche Vertreter den Antrag gestellt und der Minderjährige davon erfahren hätte, obwohl sich der Antrag allgemein auf Verdingung bezieht und der gesetzliche Vertreter sich noch nicht geäußert hatte, in welcher Art (Schlosser oder Tischler) der Minderjährige sich verdingen sollte. Ob der „Regelfall" vorliegen soll oder nicht, wäre also abhängig von inneren Vorgängen des gesetzlichen Vertreters, ob ihm die Art der Verdingung recht oder nicht recht ist; vgl. aber dazu auch v. Landmann Anm. 5 auf S. 323.

## § 3.

# Das Verdingungsverhältnis nach Abschluß des Vertrags.

## I. Das rechtsgültige Vertragsverhältnis.

Die Rechtsstellung des Minderjährigen während des Verdingungsverhältnisses unterscheidet sich grundsätzlich nicht von der des unbeschränkt Geschäftsfähigen. Der wirksam zustande gekommene Vertrag bindet die Parteien und erzeugt die dem entsprechenden Rechte und Pflichten. Es soll daher hier nicht das allen Verträgen Gemeinsame [111]), sondern nur das betrachtet werden, was wegen der eigenartigen, bald selbständigen, bald unselbständigen Stellung des Minderjährigen als Sonderregelung erscheint. Das Maß dieser Selbständigkeit hängt von der gegebenen Notwendigkeit der gesetzlichen Vertretung ab, die sich sowohl dem Minderjährigen wie dem dritten Kontrahenten gegenüber betätigen kann.

### A. Verhältnis zwischen gesetzlichem Vertreter und Minderjährigem.

1. Soweit der gesetzliche Vertreter in unmittelbarer Vertretung für den Minderjährigen handelt, kommt dessen Wille rechtserheblich nicht in Frage. Das gleiche gilt, wenn der Minder-

---

[111]) Das heißt das allen Verträgen bestimmter Art Gemeinsame! So sind für gewisse Verdingungsverträge ihrer Art wegen Sonderbestimmungen getroffen, die jedoch hier nicht betrachtet werden sollen, soweit sie nicht ausschließlich für Minderjährige gelten. Als Beispiele solcher Sonderbestimmungen diene die entgegen § 888 ZPO. gestattete Erzwingbarkeit der Dienstleistung im Recht der Lehrlinge, der Schiffsmannschaft und des Gesindes, die Aufhebung des Lehrverhältnisses bei Berufswechsel des Lehrlings oder die häufig erlaubte Aufrechenbarkeit zwischen Lohn und Gegenforderung beim Gesinde. Alle die hier betroffenen Personen stehen nicht um ihrer Minderjährigkeit willen in Ausnahmestellung, wenn allerdings auch aus natürlichen Gründen gerade die Lehrlinge in den allermeisten Fällen minderjährig sein werden.

In der bisherigen Darstellung ist über diese Beschränkung mehrfach hinausgegangen worden, so besonders in § 3 III, jedoch handelte es sich dort um Voraussetzungen und Formen des Vertragsschlusses als solchen, während hier die eigene Natur jedes einzelnen Verdingungsvertrages weit über die Aufgabe hinausführen müßte.

jährige den Vertrag mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen hatte. Denn nach erfolgtem Abschluß tritt nunmehr der Wille des Minderjährigen als wiederum rechtlich unerheblich zurück. Anders im Fall der Ermächtigung nach § 113 BGB. Hier ist der Minderjährige so frei wie ein unbeschränkt Geschäftsfähiger[112]) für alle die Rechtsgeschäfte, die die Erfüllung und die Aufhebung des Vertrages betreffen. Soweit daher diese Macht ihm gegeben ist, wozu der gesetzliche Vertreter nach § 113 BGB. befähigt ist, bleibt für die gesetzliche Vertretung selbst kein Raum mehr[113]). Es handelt sich um eine Erweiterung der beschränkten Geschäftsfähigkeit über die Grenzen des § 106 BGB. hinaus, nicht aber um eine bloße Gleichstellung des Minderjährigen neben seinen gesetzlichen Vertreter. Er ist damit auch für die in Frage kommenden Rechtsgeschäfte prozeßfähig (§ 52 ZPO., vgl. oben § 2 I B).

2. Praktisch labil bleibt jedoch die gesetzliche Vertretung dadurch, daß die Ermächtigung jederzeit eingeschränkt oder ganz zurückgenommen werden kann. Dies ist auch stillschweigend möglich, so daß in einer Betätigung des gesetzlichen Vertreters unmittelbar gegenüber dem dritten Kontrahenten, z. B. einer Kündigung, die einschränkende Zurücknahme der Ermächtigung und gleichzeitig die Vornahme einer unmittelbaren Vertreterhandlung des Muntwalts erblickt werden kann[114]). Dagegen hat die Einschränkung oder Zurücknahme der Ermächtigung keine rückwirkende Kraft, so daß die von dem Minderjährigen gültig vorgenommenen Rechtsgeschäfte auch dem gesetzlichen Vertreter gegenüber bindend bleiben. Dies folgt aus dem zu 1 Gesagten[115]). Insbesondere kann daher auch der gesetzliche Vertreter nicht zu früherem Zeitpunkt kündigen, als es der Minderjährige vor Rücknahme der Ermächtigung gekonnt hätte.

3. Eine gesetzliche Einschränkung der mit der Ermächtigung gegebenen freien Stellung des Minderjährigen liegt in folgenden Fällen vor:

a) bei der Entlöhnung. An sich ist der Minderjährige befugt, das Entgelt entgegen zu nehmen, und gerät bei einer Weigerung in Annahmeverzug. Denn es handelt sich auch für ihn um ein die Erfüllung der Verdingung betreffendes Rechtsgeschäft. Dem entsprechend kann der Minderjährige über die

[112]) Ausgenommen, soweit nicht im Einzelfall Beschränkungen von dem gesetzlichen Vertreter gemäß Abs. 2 vorgesehen worden sind.

[113]) Anders Rehbein S. 114, der dem gesetzlichen Vertreter ein unmittelbares Kündigungsrecht zugesteht, vgl. aber Anm. 90.

[114]) Ebenso Eberhard Sp. 29. Hierdurch läßt sich die in voriger Anmerkung gegebene Anschauung Rehbeins konstruktiv rechtfertigen.

[115]) vgl. v. Staudinger-Riezler Anm. 7b zu § 113; Oertmann Anm. 5e zu § 113.

Lohnforderung auch durch Stundung, Erlaß, Annahme an Erfüllungs Statt, Vergleich und ähnlich verfügen[116]).

Besonderes gilt jedoch für die gewerblichen Arbeiter und die in § 119 b GewO. verzeichneten sogen. Hausindustriellen, indem für sie durch Statut der Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes bestimmt werden kann, daß der verdiente Lohn „an die Eltern oder Vormünder und nur mit deren schriftlichen Zustimmung oder nach deren Bescheinigung über den Empfang der letzten Lohnzahlung unmittelbar an den Minderjährigen gezahlt wird" (§ 119 a Abs. 2 Ziff. 2 GewO.[117])).

b) Beim Kündigungsrecht des gewerblichen und des Handelslehrlings gemäß § 127 e Abs. 1 GewO. und § 78 Abs. 1 HGB. im Fall des Berufswechsels. Hier steht das Kündigungsrecht kraft gesetzlicher Vorschrift nicht dem Minderjährigen, sondern nur dem gesetzlichen Vertreter zu.

4. Im Verhältnis zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und dem Minderjährigen ist der verdiente Lohn freies Vermögen (§ 1651 Abs. 1 Ziff. 1 BGB.) und unterliegt nicht der Nutznießung des ersteren (§ 1650 BGB.). Eine andere Frage ist es jedoch, ob der Minderjährige über den empfangenen Lohn verfügen kann.

Die Ermächtigung des § 113 BGB. kann sich unzweifelhaft nicht mehr darauf erstrecken, weil die Verfügung über den empfangenen Lohn in keinem rechtlichen Zusammenhang mit der Verdingung steht. Man wird aber gerade im Hinblick darauf, daß § 113 BGB. dem gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit gibt, die Ermächtigung auch in spezieller Weise einzuschränken, dann, wenn der Minderjährige nach dem Willen des gesetzlichen Vertreters in der Befugnis zur Lohneinziehung nicht beschränkt sein soll, einen Anwendungsfall des § 110 BGB. erkennen und den gezahlten Lohn als Mittel ansehen müssen, die dem Minderjährigen

---

[116]) vgl. Motive Bd. 1 S. 145.

[117]) Eine allgemeine Ausdehnung des in § 119 a GewO. ruhenden Fürsorgegedankens hat für die Dauer des gegenwärtigen Krieges der Oberbefehlshaber in den Marken auf Grund von § 9 BelagerG. v. 4. 6. 1851 (Art. 68 RV.) unter dem 18. 3. u. 23. 6. 1916 angeordnet. Hiernach darf jugendlichen Personen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr nur der bare Wochenlohn bis 21 Mark und das Drittel des überschießenden Betrags ausgezahlt werden. Der Rest ist auf ein Sparkassenbuch einer öffentlichen Sparkasse einzuzahlen, in deren Verwahrung das Buch bleibt. Über das Guthaben kann nur nach pflichtgemäßer Zustimmung des Gemeindevorstandes verfügt werden (vgl. Amtsbl. d. Reg. zu Potsdam u. d. Stadt Berlin 1916 S. 178 f., 353).

Der gesetzliche Vertreter ist hier ausgeschaltet, um einer wahrgenommenen Zuchtlosigkeit der allzuleicht verdienenden Jugend entgegenzuwirken, gegen die die Gewalt des gesetzlichen Vertreters machtlos erschien. § 119 a GewO. muß für den auszahlbaren Betrag jedoch noch weiter Anwendung finden.

mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur freien Verfügung von einem Dritten überlassen worden sind. Ein gegensätzlicher Wille des gesetzlichen Vertreters müßte daher ausdrücklich verlautbart werden[118]), sei es durch Verbot der Verfügung vor der Einziehung oder durch Verbot oder Wegnahme hinterher.

5. Unter die auch am freien Kindesvermögen dem Gewalthaber verbleibenden Verwaltungsrechte (§ 1630 BGB. mit Arg. aus §§ 1638, 1650 BGB.) fällt insbesondere das Recht, den Unterhalt des Kindes aus den gezahlten Lohnerträgen zu bestreiten. Denn insoweit besteht gemäß § 1602 Abs. 2 BGB. kein Unterhaltsanspruch des Minderjährigen gegen den Vater. Hat dieser jedoch den Unterhalt bereits selbst bestritten, so ist er zu einer entsprechenden Einbehaltung des Lohnes berechtigt, da es sich dann um eine Geschäftsführung ohne Auftrag handelt (§§ 683 Satz 1, 181 BGB.[119]), sofern nicht nach Lebenshaltung und Verhältnissen der Beteiligten anzunehmen ist, daß die Absicht, Ersatz zu fordern, bei dem Vater gefehlt hat (§ 685 Abs. 2 BGB.). Dem entsprechend kann er aber auch verlangen, daß der Minderjährige den Lohn entweder zahlt oder sich davon entsprechend selbst unterhält, da schon die Fähigkeit, sich Unterhalt durch Arbeit zu verschaffen, den Anspruch gegen die Eltern aufhebt[120]).

## B. Verhältnis zwischen gesetzlichem Vertreter und Drittem.

1. Soweit der gesetzliche Vertreter in unmittelbarer Vertretung für den Minderjährigen gehandelt hat, bleibt er dem Dritten gegenüber zu allen aus dem Vertrage sich ergebenden Rechtsgeschäften legitimiert. Anders, entsprechend dem zu A Gesagten, wenn der Vertrag von dem Minderjährigen auf Grund einer Ermächtigung nach § 113 BGB. abgeschlossen ist. Doch

---

[118]) Planck, Anm. 2c, und Oertmann, Anm. 5by zu § 113, nehmen die Anwendbarkeit des § 110 BGB. nur als Regelfall an. Mangels einer deutlichen Erklärung des gesetzlichen Vertreters, daß es anders sein soll, wird man die Ausnahme aber kaum denken können. Unbedingt dafür sind v. Staudinger-Riezler Anm. 4 zu § 113; Komm. der RGRäte Anm. 3 zu § 110.

[119]) Ebenso v. Staudinger-Engelmann Anm. 4 zu § 1602 und wohl auch Komm der RGRäte Anm. 3 zu § 1602, wo allerdings nur der anderslegende Fall gedacht ist, daß sich der Gewalthaber über den größeren Umfang der Erwerbsfähigkeit des Unterstützten geirrt hat, so daß hier lediglich die Kondiktion aus den §§ 812, 814 BGB. in Frage kommt.

[120]) vgl. v Blume Anm. 2c zu § 1602: je nach Arbeitsfähigkeit hört der Minderjährige auf, noch unterstützungsbedürftig zu sein, d. h. Abs. 2 der Bestimmung kann nur nach Maßgabe des Abs. 1 verstanden werden.

Im Fall des § 1603 BGB. muß das oben Gesagte aber auch über die einzelnen Lohnbeträge hinaus für die schon als Kapital anzusehende Ersparnis des Minderjährigen gelten, die an sich auch freies Kindesgut geblieben ist.

gilt auch hier das oben Gesagte insofern, als der gesetzliche Vertreter dadurch, daß er die erteilte Ermächtigung zurücknimmt oder einschränkt, der Gegenpartei gegenüber vertretungsberechtigt wird.

2. Eine besondere Beziehung besteht zwischen gesetzlichem Vertreter und Arbeitgeber, wonach der letztere nach § 119a Abs. 2 Ziff. 3 GewO. unter den oben zu A 3 a gegebenen Voraussetzungen gehalten sein kann, „den Eltern oder Vormündern innerhalb gewisser Fristen Mitteilung von den an minderjährige Arbeiter gezahlten Lohnbeträgen zu machen".

3. Fraglich ist es, wie das obligatorische Recht des Arbeitgebers und die elterliche Gewalt des Vaters über den Minderjährigen sich zueinander verhalten. Nach § 1632 BGB. umfaßt die Sorge für die Person des Kindes das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält. Schaltet das obligatorische Verhältnis, das zwischen dem Minderjährigen und dem Arbeitgeber besteht, die Widerrechtlichkeit aus?[121])

Der Grund hierfür könnte dann, da der Vater selbst in keinem Vertragsverhältnis zum Arbeitgeber steht[122]), lediglich in seiner irgendwie erfolgten Mitwirkung als gesetzlicher Vertreter gesucht werden, ohne die der Vertrag wirksam nicht zustande gekommen sein kann[123]). Dann kann die Ursache, die die Rechtswidrigkeit beseitigen sollte, nicht in einer Beziehung zwischen dem Vater und dem Dritten, sondern nur zwischen dem Vater und dem Kinde ruhen, und diese Beziehung ist m. E. die dem Vater zustehende Sorge für die Person des Kindes. Denn wenn die Vertretungsgewalt mit aus der Sorge für die Person des Kindes herfließt (§ 1630 Abs. 1 BGB.) und der dem Eigentumsanspruch nicht unähnliche Anspruch des § 1632 BGB. als

---

[121]) Dafür RGE. in WarneyersJ. 1912 Nr. 115; Enneccerus-Kipp Anm. 2, 2 S. 303; Komm. der RGRäte. Anm. 1 zu 1632.

[122]) So bei den regelmäßigen, auf Vertrag zwischen dem Minderjährigen und dem Dritten beruhenden Verdingungen. Ich halte deshalb den Versuch Knitschkys S. 158 f., die Widerrechtlichkeit der Entziehung seitens des Dienst- oder Lehrherrn durch den Hinweis auf Treu und Glauben zu beseitigen, nur dann für möglich, wenn wie bei den oben § 2 III erwähnten Dienstverschaffungsverträgen zwischen dem Vater oder der zur Zwangserziehung berechtigten Behörde einerseits und dem Arbeitgeber andererseits ein Vertragsverhältnis überhaupt besteht.

[123]) Die Vertretungsmitwirkung kann als unmittelbare Vertretung oder als Erteilung von Zustimmung oder Ermächtigung erfolgen (vgl. oben § 2 I A 1). v. Blume, Anm. 2 c δ u. ε zu § 1632, erkennt, indem er von § 113 BGB. auf die anderen Vertretungsformen zurückschließt, eine Verselbständigung des Kindes, demgegenüber der Vater dann insoweit seiner Unterbringungsgewalt entsagt. M. E. bleibt es jedoch zweifelhaft, ob hierdurch allein dem Dritten eine Einrede sollte verschafft werden können.

Voraussetzung vom Gesetzgeber statuiert werden mußte, um die Sorge für die Person des Kindes dem Vater überhaupt zu ermöglichen[124]), so glaube ich, darf man den Herausgabeanspruch a priori nicht als so uneingeschränkt gültig auffassen, um die Ansicht überhaupt entstehen zu lassen, daß der Vater dadurch das formelle Recht haben könnte, sich mit seinen eigenen Vertretungshandlungen in Widerspruch zu setzen[125]). Hier sind die Grenzen des absoluten Rechtes. Daß Grenzen aus öffentlichrechtlichen Normen hergeleitet werden können[126]), ist nicht bestritten. Sie sind also ähnlich wie beim Eigentum an sich möglich und können daher auch vom Privatrecht gezogen sein. Und das ist m. E. dadurch im Gesetz überzeugend zum Ausdruck gebracht worden, daß der Vater Verdingungsverträge des Kindes als gesetzlicher Vertreter bewirken kann, die wegen ihrer persönlichen Leistungspflicht notgedrungen mit dem Unterbringungsanspruch kollidieren müssen. Es liegt daher nicht so, daß eine Einrede des Dritten, wie die Mot. Bd. 4 S. 754 meinen, aus einer vertragsmäßigen Überlassung der Sorge für die Person entnommen werden könnte — das verbietet allerdings die Unverzichtbarkeit des Elternrechtes —, auch nicht so, daß der Vater dem Kinde gegenüber einem Teil seines Elternrechtes entsagt — dies hätte dem Dritten gegenüber keine Bedeutung —, sondern dieses Elternrecht gibt elastisch den erlaubten Vertretungshandlungen des Vaters, durch die das Kind von ihm entfernt wird, nach. Es ist nicht übertragbar und nicht verzichtbar wie das Eigentum, wohl aber wie dieses einschränkbar. Kann der Vater das Kind rechtswirksam durch eine Verdingung binden, so ist die Notwendigkeit, daß er es dann nicht gleichzeitig bei sich selbst beanspruchen kann, nur die andere Seite derselben Sache. Es wäre doch fast unbegreiflich, wenn der Gesetzgeber einen derartigen Systemwiderspruch aufgenommen haben sollte, der, wie Planck meint[127]), eine den

[124]) Dem entspricht § 1800 BGB. für den Vormund. Im obigen Text ist nur das Elternverhältnis betrachtet; für den Herausgabeanspruch des Vormundes gilt das gleiche.

[125]) Ebenso v. Blume Anm. 2 cε zu § 1632: „Der Anspruch aus § 1632 ist lediglich bestimmt, der elterlichen Gewalt zu dienen. Diese aber ist kein eigennütziges Elternrecht, sondern hat ihr Ziel und ihre Schranken im Wohl des Kindes. Jedes aktive Verhalten der Eltern gegenüber dem Kinde, das nicht das Wohl des Kindes zum Zwecke hat, ist Mißbrauch der elterlichen Gewalt und unzulässig". Anders die Auffassung von André S. 31 f., der mit Hinweis auf das Schikaneverbot grundsätzlich den ungehemmten Anspruch aus § 1632 BGB. anerkennt.

[126]) Erfüllung der Schul- oder Militärpflicht, Lehrlingszwang, vgl. v. Staudinger-Engelmann Anm. 2 bβ zu § 1632; dazu auch RGE. in JW. 1903 Beil. S. 82 bezüglich des gewerblichen Lehrverhältnisses.

[127]) Anm. 3 zu § 1632; vgl. auch v. Staudinger-Engelmann a. a. O.; dagegen v. Blume Anm. 2 cε zu § 1632 und de lege ferenda Friedmann-Brauer Sp. 1127 f.

angerufenen Prozeßrichter bindende Vorabentscheidung des Vormundschaftsrichters darüber erfordern sollte, ob der Anspruch des Vaters Mißbrauch sei oder nicht. Nicht um einen Mißbrauch des Vaters handelt es sich, sondern um ein ungerechtfertigtes Begehren, nachdem er sich insoweit durch die in der Vertretungshandlung verlautbarte Willenserklärung der Ausübung des Unterbringungsrechtes begeben hat. Was hier auf Grund des Gesetzes freiwillig geschieht, wird beispielsweise durch die öffentlichrechtlichen Normen des Militärwesens ein- für allemal statuiert: es bleibt aber in beiden Fällen dasselbe, nämlich eine Einschränkung des absoluten, unverzichtbaren Rechtes in Ausübung und Geltendmachung.

Dem Dritten steht infolgedessen ein Anspruch dem Vater gegenüber nicht zu. Er hat nur den obligatorischen Anspruch gegen das Kind auf die gehörige Leistung der vereinbarten Dienste. Da indessen genau in dem entsprechenden Umfange das Recht des Vaters auf Herausgabe zurücktritt, und zwar durch dieselbe Handlung, durch die das obligatorische Recht des Dritten entstanden oder wirksam geworden ist, so ist der Dritte in bezug auf das Kind in einer Machtstellung, die zwar kein Recht ist, aber eine tatsächliche Forderungsgewalt, die im Gebiet des Rechtes der beweglichen Sachen ein Gegenstück hat, nämlich den Besitz. Und aus diesem Grunde glaube ich, kann der beklagte Dritte dem Vater gegenüber nicht einwenden, daß sein Anspruch auf Herausgabe etwa wegen plus petitio unfundiert sei, sondern man wird die Behauptung, daß das Elternrecht insoweit durch die eigene Vertretungshandlung des Klägers eingeschränkt sei, als eine ebensolche Einrede bewerten müssen, wie sie § 986 Abs. 2 Satz 1 BGB. dem Besitzer gegenüber dem Eigentümer gewährt[128]). Das heißt, beweispflichtig dafür, daß der Minderjährige dem Vater nicht herausgegeben zu werden braucht, ist der Arbeitgeber. Diese Auffassung wird auch durch den Wortlaut des § 1632 BGB. gestützt. Denn da es sich um ein absolutes Recht handelt, so müßte es sich zunächst gegen jede Vorenthaltung richten. Indem aber das Gesetz die widerrechtliche Vorenthaltung betont, gibt es demjenigen, der nicht widerrechtlich handelt, eine Ausnahmestellung gegenüber dem Vater, die als Einrede geltend gemacht werden muß. Nach

[128]) In ganz genauer Anpassung läßt sich der Vergleich natürlich nicht durchführen. Denn im § 986 Abs. 2 Satz 1 BGB. handelt es sich um ein Recht zum Besitze, während der Arbeitgeber gegen den Dienstverpflichteten immer nur einen obligatorischen Anspruch auf persönliche Leistung hat, ebenso wie das Recht aus § 1632 BGB. sich nicht wirklich mit dem sachenrechtlichen Eigentumsbegriffe deckt. Aber die Ähnlichkeit des Gesamtverhältnisses ist so groß, um die analoge Verwertung zu rechtfertigen.

dem oben Gesagten erscheint aber sicherlich die Widerrechtlichkeit des Dritten beseitigt, selbst wenn er, wie angenommen, dem Vater gegenüber kein eigenes Recht geltend machen kann.

### C. Verhältnis zwischen Minderjährigem und Drittem.

Das Verhältnis zwischen dem Minderjährigen und dem Dritten ist bereits mit dem zu A und B Gesagten gekennzeichnet, da in den hier gezogenen Grenzen der Wille des Minderjährigen rechtserheblich wird. Im übrigen bringt das Vertragsverhältnis dadurch, daß auf der einen Seite ein Minderjähriger steht, nichts von der Regel Abweichendes.

### D. Die Aufsichtspflicht über den Minderjährigen.

Nach § 832 BGB. haftet der Aufsichtspflichtige für den Schaden, den der Minderjährige widerrechtlich einem Dritten zufügt, soweit er nicht nachweisen kann, daß er der Aufsichtspflicht genügt hat oder der Schaden auch sonst entstanden sein würde. Ebenso haftet derjenige, der die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt. Durch den Verdingungsvertrag kann daher als Aufsichtspflichtiger unter Umständen der Arbeitgeber in Frage kommen.

1. Gesetzlich geregelt ist dies im Lehrlingswesen, und zwar sowohl beim Handelslehrling wie beim gewerblichen Lehrling.

Nach § 76 Abs. 3 Satz 2 HGB. soll der Prinzipal auch über die Mitteilung der beruflichen Kenntnisse hinaus einen erzieherischen Einfluß auf den Lehrling ausüben, indem er ihn „zu guten Sitten anzuhalten hat". Das Gesetz legt damit dem Prinzipal die Verpflichtung auf, über den Lehrling zu wachen und ihn zu beaufsichtigen. Dasselbe gilt für den gewerblichen Lehrherrn nach § 127 Abs. 1 Satz 2 GewO. und wird durch § 127a GewO., der den Lehrling der „väterlichen Zucht des Lehrherrn" unterstellt, noch verdeutlicht[129]).

2. Daneben ist eine vertragliche Übernahme der Aufsichtspflicht durch den Arbeitgeber denkbar. Sie braucht nicht ausgesprochen zu sein, sondern wird bereits dann vorliegen, wenn der Minder-

---

[129]) RGE. Bd. 52 S. 73 ff. und Urt. v. 12. 7. 1902 in JW. 1902 Beilage S. 265. In der Literatur herrscht Übereinstimmung über die Ausdehnung der Aufsichtspflicht durch die angeführten Gesetzesstellen. Doch soll dies nach Nöldeke (S. 782 f.) und Brückner (S. 342) nur dann gelten, wenn sich der Lehrling beim Lehrherrn in Kost und Pflege befindet. Mir scheint dies eine im Gesetz nicht enthaltene Einschränkung zu sein, die sich auch nicht durch innere Gründe rechtfertigen läßt. Eine andere Frage ist es, wieweit das Maß der Verantwortlichkeit des Lehrherrn dadurch berührt wird, indessen ist dies immer eine nach den besonderen Verhältnissen zu bemessende Tatfrage.

jährige dadurch als in die engere Hausgemeinschaft des Dienstherrn aufgenommen erscheint, daß er durch die Verdingung zugleich unter den gewollten erzieherischen Einfluß desselben tritt. Doch ist dies Tatfrage, grundsätzlich liegt in der Dingung eines Minderjährigen nicht die Übernahme der Aufsichtspflicht durch den Dienstherrn.

## II. Das unwirksame Vertragsverhältnis.

Auch hier sollen entsprechend dem oben zu I als Vorbemerkung Gesagten nur diejenigen Fälle von Nichtigkeit oder Unwirksamkeit berührt werden, die dadurch entstehen können, daß eine der Vertragsparteien ein Minderjähriger über sieben Jahren ist und infolgedessen Rechtssätze eingreifen, die dem Rechtsverkehr unbeschränkt Geschäftsfähiger fremd sind.

### A. Der Mangel der nach § 1822 Ziff. 6 u. 7 erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Solange die nach § 1822 Ziff. 6 u. 7 erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erteilt ist, ist der abgeschlossene Vertrag unwirksam[130]). Kann nun der Vertragsgegner, falls ihm hieraus Schaden erwächst, Ersatz fordern, und wie sind die von dem Minderjährigen auf Grund des nichtigen Vertrages etwa geleisteten Dienste zu bewerten?

1. a) Im Vormundschaftsrechte ist die Frage nicht geregelt. Nach § 1830 BGB. hat der Vertragsgegner ein Widerrufsrecht, wenn ihm gegenüber der Vormund wahrheitswidrig schon zur Zeit des Vertragsschlusses das Vorliegen der Genehmigung behauptet hatte. Diese Regelung ist eine entsprechend geänderte Anwendung des § 178 BGB. Denn wenn bei letzterem Voraussetzung ist, daß der Gegenkontrahent bei Vertragsschluß annahm, der Vertreter sei zur Vertretung befugt gewesen, so liegt im Vormundschaftsrecht der Fall umgekehrt: in der Regel nimmt hier der Vertragsgegner an, daß das Rechtsgeschäft noch der obrigkeitlichen Genehmigung bedürftig sei, und erst durch die wahrheitswidrige Behauptung des Gegenteils hält er den Vormund für vertretungsberechtigt. Diese Abweichung in den Voraussetzungen mußte daher in § 1830 BGB. belegt werden[131]), und damit rechtfertigt sich dessen Existenz. Ich glaube aber nicht, daß man aus der

[130]) RGE. Bd. 61 S. 209.

[131]) Dazu und für das Folgende Breit im ZBlFG. Bd. 4 S. 592; Holthoff S. 27.

Setzung dieser Bestimmung schließen kann, daß das Gesetz damit eine umfassende Regelung der Rechtsfolgen gegeben hat, die bei unbefugtem Handeln des gesetzlichen Vertreters eintreten sollen [132]), sondern daß hierfür die im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthaltenen Bestimmungen der §§ 177 ff. über Handlungen des Vertreters ohne Vertretungsmacht bereitstehen. Denn wenn überhaupt im Allgemeinen Teil Vertretung und Vollmacht geregelt sind, wird man, um zu einem Ausschluß der Bestimmungen über die Vertretung zu kommen, einen Hinweis im Gesetz erfordern müssen, daß die betreffenden Paragraphen keine Anwendung finden sollen.

Der Vormund haftet daher dem Vertragsgegner nach § 179 BGB. für den Schadensersatz. Die Haftung auf Erfüllung ist wegen der persönlichen Natur der Verdingung gegenstandslos. Seine Haftung gründet sich nach § 179 Abs. 1 BGB. lediglich darauf, daß er überhaupt ohne Vertretungsmacht einen Vertrag geschlossen hat, fällt aber regelmäßig nach Abs. 3 Satz 1 wieder fort, da der Gegenkontrahent wegen des § 1822 BGB. regelmäßig den Mangel der Vertretungsmacht wird kennen müssen. Er kennt ihn jedoch dann nicht, wenn der Vormund vor oder nach Abschluß des Vertrags wahrheitswidrig das Vorliegen der Genehmigung behauptet: damit tritt die Haftung des § 179 Abs. 1 BGB. wieder ein, denn zum Nachweis seiner Vertretungsmacht ist der Vormund tatsächlich außerstande.

b) Fraglich ist es, ob ein Unterschied dadurch eintritt, daß der Minderjährige selbst mit Zustimmung des Vormundes den Vertragsschluß gemäß § 108 BGB. bewirkt hat. Man wird jedoch in der gegebenen Zustimmung auch eine Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters beim Vertragsschluß sehen können, zu der er nur dann befugt ist, wenn ihm die volle Vertretungsmacht zusteht. Es wird daher einer zumindest analogen Anwendung des § 179 BGB. auch in solchen Fällen nichts im Wege stehen.

c) Eine unmittelbare Haftung des Minderjährigen erscheint in beiden Fällen ausgeschlossen, da weder der Fall des § 278 BGB. (ein Vertrag liegt nicht vor) noch der des § 831 BGB. gegeben ist [133]), die Haftung aus §§ 826, 828 Abs. 2 BGB. aber wegen Mangels des Vorsatzes fortfallen wird.

2. Soweit auf Grund des unwirksamen Vertrages Dienste vom Minderjährigen geleistet sind, sind diese von dem Gegen-

---

[132]) So nämlich v. Staudinger-Engelmann Anm. 4 zu § 1830; Planck-Unzner Anm. 6 zu § 1830; Ungewitter in Gruchot Bd. 46 S. 690.

[133]) Ebenso v. Blume Anm 6 zu § 1830; anders anscheinend v. Staudinger-Engelmann Anm. 4 zu § 1830.

kontrahenten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zu vergüten. Denn es handelt sich um eine von dem Minderjährigen mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gemachte Leistung auf Grund eines Scheinvertrages (§ 812 Abs. 1 BGB.[134]). Dafür, daß diese Leistung jedoch so erfolgt ist, ist der Vormund verantwortlich, und er haftet daher für den nach § 818 Abs. 3 möglicherweise eingetretenen Ausfall dem Minderjährigen gemäß § 1833 BGB.

## B. Der Mangel der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

1. Auch wenn der Minderjährige rechtlich nicht imstande ist, sich zu verdingen, weil ihm Zustimmung oder Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters fehlen, so kann er doch tatsächlich Arbeit leisten, Dienste tun und damit einer Vereinbarung entsprechen, die er rechtlich unwirksam mit einem Dritten getroffen hat[135]). Ebenso, wenn der Vertrag mit Zustimmung eines vermeintlichen gesetzlichen Vertreters zustande gekommen ist, dem in Wahrheit keine Vertretungsbefugnis zustand, z. B. der zu Lebzeiten des Vaters nicht berechtigten und im gegebenen Fall auch nicht bevollmächtigten Mutter. Ähnliche Möglichkeiten sind bei der gewissen Mannigfaltigkeit, wer im einzelnen zu der gesetzlichen Vertretung zuständig ist, denkbar. Der geschlossene Vertrag ist auch hier unwirksam, trotzdem aber der Minderjährige natürlich imstande, tatsächlich Dienste zu leisten[136]).

Hat er in solchen Fällen Anspruch auf Entgelt? Oder sollen hier die Sätze von der ungerechtfertigten Bereicherung gelten, wobei nach § 818 Abs. 3 BGB. der scheinbare Dienstherr nachweisen könnte, daß er noch anderweit billiger oder umsonst die Arbeitskraft sich hätte verschaffen können[137]), also nicht bereichert worden sei? Und noch darüber hinaus: sollen die Parteien, weil sie auf Grund eines unwirksamen Vertrages geleistet haben, nach § 812

---

[134]) Wäre die Leistung die einer beweglichen Sache, so wäre der von dem Vormund konsentierte dingliche Übereignungsvertrag auch gültig: es bleibt daher hier nur Raum für die condictio (vgl. unten folgend zu B 3).

[135]) Beim minderjährigen gewerblichen Arbeiter und beim Gesinde bieten Arbeits- und Gesindebuch oder Arbeitskarte, ebenso beim Seemann das Seefahrtsbuch einen gewissen Schutz dagegen (vgl. oben § 2 III B 2 a).

[136]) Anders, wenn etwa der Dritte ohne Vertretungsmacht als Selbstkontrahent auftritt, also mit dem Arbeitgeber einen Dienstverschaffungsvertrag schließt. Davon soll hier nicht gehandelt werden, da der Dritte keine Erziehungsgewalt über den Minderjährigen hat, eine Verdingung wie oben zu Anm. 57 also nicht vorliegt.

[137]) vgl. das Beispiel bei Riezler, Venire contra factum proprium S. 134: Der Prinzipal weist nach, daß statt des minderjährigen Handlungsgehilfen ein Volontär eingetreten wäre.

BGB. das Gegebene zurückfordern können, wobei dann womöglich wiederum die geleistete Arbeit nicht nach dem vereinbarten oder objektiven Wert, sondern nach der etwa geringeren Bereicherung zu bemessen wäre, so daß der Minderjährige möglicherweise einen Teil des ersparten Lohnes zurückerstatten müßte?

2. Marwitz[138]) verteidigt die lediglich Anwendbarkeit des § 812 BGB. Hiergegen sind in der Literatur mehrfach Bedenken geäußert, die dem Zweifel entspringen, ob nicht damit vom Gesetz anerkannte schutzwürdige Interessen des Minderjährigen verletzt erscheinen. Und in der Tat scheint der Minderjährige hier im Stiche gelassen und ein Opfer der zu seinem Schutz ihm verliehenen Geschäftsbeschränktheit geworden zu sein.

a) Verschiedene Schriftsteller haben mit einer Analogie nach § 110 BGB. eingreifen wollen. So Hölder und Biermann (s. unten folgend), Enneccerus und der Kommentar der Reichsgerichtsräte[139]). Soweit man jedoch in der Bestimmung des § 110 BGB. keine Ausnahme von der allgemeinen Regelung des § 108 BGB. sieht, scheint mir das tertium comparationis für die Anwendbarkeit einer Analogie zu fehlen, denn es mangelt hier sowohl an einer durch Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verschafften Erfüllungsmöglichkeit — es besteht nur eine tatsächliche Leistungsmöglichkeit — als an der nach jener Theorie dadurch von ihm kundgegebenen Zustimmung zu den künftigen, noch unbekannten obligatorischen Geschäften.

Sieht man dagegen bei § 110 BGB. von der Fiktion[140]), daß die Wirksamkeit der obligatorischen Geschäfte letzten Endes durch die stillschweigende Willenserklärung des gesetzlichen Vertreters zustande gekommen sei, ab, so erscheint die Bestimmung vielleicht als Ausfluß einer allgemeineren Rechtsidee. Denn nach Planck (Anm. 1 zu § 110) und Oertmann (Anm. 1 zu § 110) wird, dem tatsächlichen Vorgang entsprechend, nur die dingliche Übereignung seitens des Minderjährigen gemäß § 108 Abs. 1 BGB. durch Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wirksam, könnte

---

[138]) Bühnenengagementsvertrag S. 20 und Der neue Weg, im Organ der Genossensch. deutscher Bühnenangehöriger, 39. Jahrg. 1910 S. 725 ff.

[139]) Enneccerus Bd. 1 § 143 II 3; Komm. der RGRäte Anm. 1 zu § 110. RGE. Bd. 74 S. 235. Zwar gegen die Analogie, aber für obige Theorie auch Riezler bei v. Staudinger Anm. 1 zu § 110 und DJZ. 1903 S. 566; vgl. dazu v. Blume bei Jhering Bd. 48 S. 445 f.

[140]) Daß es sich nur um eine Fiktion handeln kann, zeigt sich darin, daß anderenfalls das obligatorische Geschäft von Anfang an gültig sein müßte, während es nach dem Gesetz erst bei erfolgter Erfüllung als von Anfang an wirksam „gilt"! Vgl. dazu § 185 Abs. 2 BGB: die Verfügung „wird" wirksam. Die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrages ist also selbst Fiktion, nämlich um den vom Gesetz gewollten Zweck, Ausschluß des § 812 BGB., zu erreichen (s. im unten folgenden Text).

also insoweit nach § 812 BGB. wieder zurückgefordert werden. Um dies zu verhindern, soll auch der obligatorische Vertrag als von Anfang an wirksam gelten: § 110 ist also eine Ausnahmebestimmung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung.

Eine analoge Anwendung für das hier gestellte Problem bietet sich auch damit nicht. Denn grundlegend bleibt bei § 110 schließlich eine mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters entstandene Verfügungsberechtigung des Minderjährigen. Es fragt sich aber, ob dies einem Obersatz entspringt, derart, daß überhaupt dem Minderjährigen mögliche Verfügungshandlungen, d. h. außer den durch Zustimmung des gesetzlichen Vertreters rechtlich ermöglichten materiellen auch die frei verfügbaren immateriellen, den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung entzogen sein sollen. So anscheinend im Resultat Biermann Bd. 1 § 61 Anm. 17 und Hölder Anm. 2b zu § 110, wogegen Näheres unten unter 3.

b) Weitere Gesichtspunkte bringt Oertmann[141]). Er zerteilt den gegenseitigen Verdingungsvertrag in die dem Minderjährigen obliegende schon erfüllte lästige Handlung und die danach übrig bleibende, ihm nunmehr nur noch rechtlich vorteilhafte Gegenleistung des anderen. Mit Recht wendet sich Riezler (Venire contra factum proprium S. 136) dagegen: „Es kommt darauf an, ob die rechtliche Gesamtwirkung, die aus der Willenserklärung entsteht, für den Minderjährigen lediglich vorteilhaft ist, und das ist sie bei gegenseitigen Verträgen niemals".

Ferner beruft sich Oertmann auf den Satz l. 25 D. 1, 3; c. 6 C. 1, 14: quod favori quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri[142]).

c) Riezler endlich[143]) läßt den allgemeinen Rechtsgedanken entscheiden: „Wer eine nicht rückgängig zu machende Leistung des Gegenkontrahenten entgegennimmt, hat damit das Recht verwirkt, sich auf die Ungültigkeit des Vertrages zu berufen, wenn dadurch eine Schädigung des anderen Teils herbeigeführt werden würde". Dies entspricht der Sachlage. Allein es ist fraglich, ob sich dieser Satz, wie Riezler will, auf § 157 BGB. stützen läßt, denn es handelt sich hier nicht um irgendwelche Auslegung, sondern

---

[141]) Anm. 7 zu § 110 und in Der neue Weg 1910 S. 637 ff., 749 ff.

[142]) Riezler (a. a. O. S. 137) weist m. E. mit Unrecht die Anwendbarkeit dieses Satzes zurück, weil die Regelung der beschränkten Geschäftsfähigkeit nicht nur im Interesse des Minderjährigen allein gegeben sei. So richtig dieser Satz ist, so läßt sich doch aber nicht leugnen, daß im vorliegenden Fall alles Unheil aus den §§ 107 u. 108 BGB. kommt, die den Minderjährigen vor seinem eigenen ungereiften Urteil schützen sollen, aber die Leistung von Arbeitskraft nicht hindern können.

[143]) a. a. O. und bei v. Staudinger Anm. 8 zu § 110.

um die Frage nach dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Vertragswirkung.

So unbestreitbar das Recht der Wissenschaft sein muß, durch Aufdecken der dem Gesetz unterliegenden Grundsätze im Geiste des Gesetzes, nicht nur durch Analogie die richtige Entscheidung zu finden, so darf dies doch nur gelten, wenn das Gesetz schweigt. Denn das Reden des Gesetzes zeugt für sich selbst. Ich glaube aber, die Entscheidung, wie sie Oertmann und Riezler durch Zurückgehen auf ungeschriebene Rechtssätze begründen, läßt sich glücklicherweise dem Gesetz selbst entnehmen.

3. M. E. stehen die tatsächliche Leistungsmöglichkeit immaterieller Dienste und die dingliche Übereignungsmöglichkeit realer Sachen nach § 110 BGB. auf verschiedenen Linien. Hölder[144]) verwischt dies, wenn er sagt: „Was aber gilt von der durch den Willen des gesetzlichen Vertreters dem Minderjährigen ermöglichten Erfüllung, das gilt ebenso von der dem Minderjährigen unabhängig von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters möglichen Erfüllung ...“

Es geht nicht an, die dingliche Einigung und Übergabe und die Wirkung einer Handlung zu vergleichen. Eine Handlung ist in sich immer wirksam. Eine Sache kann man hingeben und wieder zurückfordern, eine Handlung dagegen bleibt eine vollendete, aus der Vergangenheit nicht mehr zu löschende Tatsache. Um dieser natürlichen Endgültigkeit willen kann man aber die Handlung nicht mit einer durch Rechtssatz[145]) ebenfalls endgültig gewordenen Sachübergabe vergleichen.

Wenn in dem vorliegenden Fall die eigenmächtige Handlung des Minderjährigen überhaupt verglichen werden kann, so nur mit einer ebenfalls eigenmächtigen, d. h. ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgten Sachübergabe. In diesem letzteren Fall kann die Sache vindiziert werden. Bei einer Handlung geht das nicht. Wie wird nun aber bei einer immateriellen Leistung der frühere Rechtszustand wieder erreicht?

Hier beginnt das Problem des § 812 BGB., denn die Handlung scheint sich vermögensrechtlich nur in der dem anderen dadurch erwachsenen Bereicherung niederzuschlagen. Das Gesetz hat diese Frage jedoch in einem Falle, wo es sich zwar nicht um Vindikation, wohl aber — was hier gleichbedeutend ist — um Rückgabe über die Grenzen der Bereicherung hinaus handelt, anders entschieden, nämtich beim vertraglichen Rücktritt (§ 346 Satz 2 BGB.). „Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung

---

[144]) Und ebenso Biermann, beide a. a. O. oben im Text zu a am Ende.
[145]) Nämlich durch die Vorstellung von Eigentum und Eigentumsübergang.

der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten, oder falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten." Die Werteinschätzung geleisteter Dienste muß also keineswegs einfach die des § 818 BGB. sein, sondern sie ist es nur dann, wenn wirklich die Voraussetzungen des § 812 BGB. vorliegen, d. h. wenn die Leistung, verglichen mit den Grundsätzen, die für Sachen gelten, eine dinglich wirksame gewesen wäre. Man braucht deshalb nicht von einer Quasidinglichkeit oder von einer Quasivindikation geleisteter Dienste zu reden. Da jedoch die condictio der §§ 812 ff. BGB. historisch unzweifelhaft aus rein sachenrechtlichen Begriffen entstanden ist und damit in begrifflichem Gegensatz zu der rei vindicatio des § 985 BGB. steht, so wird man bei der Leistung immaterieller Güter analog dem Sachenrecht unterscheiden müssen, ob die Leistung, wenn sie eine bewegliche Sache betroffen hätte, die dingliche Rechtsänderung herbeigeführt hätte (Fall der Kondiktion) oder nicht (Fall der Vindikation).

Das ist die in § 346 BGB. ruhende Rechtsidee. Denn nachdem der Rücktritt vom Vertrag erklärt ist, ist der rechtliche Grund der Leistung fortgefallen, die Parteien müßten also nach §§ 812, 818 BGB. rückgabepflichtig sein. § 346 erklärt aber als Ausnahme von § 812 die Rückgabepflicht des Empfangenen und löst nun das bei immateriellen Leistungen entstehende Problem in der angegebenen Weise. Die Rückerstattung von Diensten kann also nunmehr ebenso wie die von Sachen in doppelter Weise erfolgen. Einmal durch Rückgabe der dem Dienstherrn gewordenen Bereicherung, z. B. der rechtliche Grund der von einem Verfügungsfähigen, etwa Volljährigen, getanen Dienste fällt später fort[146]), oder durch Erstattung des wahren bezw. vereinbarten Wertes.

Beispiel für den letzteren Fall ist aber gerade, außer den gesetzlich geregelten Fällen des § 346 BGB. und der anders normierten Geschäftsführung ohne Auftrag, die Leistung von Diensten durch einen nicht über sich und sein Vermögen Verfügungsfähigen, nämlich den Geschäftsunfähigen und den beschränkt Geschäftsfähigen, also auch den Minderjährigen über sieben Jahren. Denn hier wäre, wenn es sich um eine Sachleistung gehandelt hätte, kein Eigentum übergegangen und daher nicht die condictio, sondern die rei vindicatio gegeben. Letzterer entspricht aber der in § 346 Satz 2 BGB. anerkannte vindikationsähnliche Anspruch auf Erstattung des objektiven Wertes.

---

[146]) vgl. als ferneres Beispiel oben § 2 IV A a.

4. Da es sich um „Rückgabe von Diensten", nicht um Lohnzahlung handelt, so kann der Dienstherr mit einer Schadensersatzforderung [147]) aufrechnen. § 394 BGB. in Verb. mit § 850 Ziff. 1 ZPO. und § 1 LohnBeschlG. gilt nicht.

Soweit dürfte die hier gefundene Lösung allerdings von den Oertmann-Riezlerschen Auffassungen, die dem Minderjährigen günstiger sein müssen, abweichen.

5. Als Wert der geleisteten Dienste ist der objektive Wert zu fassen. Die vertragliche Gegenleistung des § 346 Satz 2 BGB. kommt hier nicht in Frage, auch nicht hinsichtlich der unwirksamen Vereinbarung zwischen Minderjährigem und Drittem. Denn der letztere soll wirklich Empfangenes zurückgeben. Freilich kann der objektive Wert gerade infolge der besonderen Verhältnisse des Arbeitgebers erst entstanden sein, und insofern darf dem Maß der unwirksamen Vereinbarung nicht jede Beachtung entzogen werden.

Soweit jedoch der Lohn gezahlt ist, ist der Dienstherr frei, denn insoweit ist der Anspruch ebensowenig möglich, wie es die Vindikation bei einer teilbaren, dem Minderjährigen zurückerstatteten Sache wäre. Wenn nun allerdings der Minderjährige das Eigentum an dem Geld nicht hat erlangen können, so ist er doch gegen eine Rückforderung wiederum durch seinen eigenen aufrechenbaren Anspruch geschützt (exceptio doli).

6. Neben die oben zu 1 gegebenen Beispiele tritt der Fall, daß der Vater oder Vormund entgegen der Bestimmung des § 181 BGB. doch einen Verdingungsvertrag mit dem Minderjährigen tatsächlich abgeschlossen hat, obwohl seine Vertretungsmacht hier endete. Dieser Fall unterscheidet sich insofern von den vorgedachten, als dort der gesetzliche Vertreter den unwirksamen Vertrag gemäß § 108 BGB. wirksam machen kann, hier aber gerade der gesetzliche Vertreter derjenige selbst ist, der in einem mangelhaften Vertragsverhältnis zu dem Minderjährigen steht. Dieser letztere hat in jenen Fällen ohne Zuziehung des gesetzlichen Vertreters selbständig gehandelt, hier dagegen ist er insoweit, als der Muntwalt sein Vertragsgegner wurde, von vornherein ohne gesetzlichen Vertreter gewesen. Kann daher, wie dort durch Genehmigung eines gesetzlichen Vertreters, auch hier das zunächst mangelhafte Rechtsgeschäft noch wirksam werden?

Entsprechend dem oben zu § 2 II A 1 über den Abschluß des Verdingungsvertrages Gesagten wird auch hier ein Pfleger gemäß § 1909 BGB. zu bestellen sein, der dann als gesetzlicher

---

[147]) z. B. wenn der Minderjährige die Volljährigkeit vorgetäuscht oder schuldhaft Werkzeuge oder Material beschädigt hat.

Vertreter die von dem Minderjährigen selbst nicht erteilbare Genehmigung aussprechen oder verweigern kann, und zwar letzteres ausdrücklich oder durch Verschweigung (§ 177 BGB.). Ein Widerrufsrecht des Muntwalts analog § 178 BGB. erscheint nicht ohne weiteres ausgeschlossen, da er in der Regel guten Glaubens gewesen sein wird und ein Kennenmüssen nicht erforderlich ist. Er kann also insofern seinerseits durch Erklärung an den bestellten Pfleger einen endgültigen Zustand herbeiführen, jedoch müssen dann die den Arbeitgeber treffenden Folgen des unwirksam gebliebenen Vertrags auch auf ihn angewendet werden, so daß er etwa gezahlten Lohn nicht kondizieren kann und noch unentgoltene Arbeit zu entgelten hat (vgl. oben zu 3).

Ferner entsteht, entsprechend dem oben über den Abschluß solcher Verträge Gesagten, die weitere Frage, ob das Vormundschaftsgericht unmittelbar den unwirksam gebliebenen Vertrag zwischen gesetzlichem Vertreter und Minderjährigem genehmigen kann. Dies ist, falls die Voraussetzungen der §§ 1665, 1846 BGB. gegeben sind, aus den zu § 2 II A 3 angeführten Gründen zu bejahen. Ob diese Frage praktisch werden kann, ist hier jedoch noch zweifelhafter als beim Abschluß des Vertrages. Denn die Dringlichkeit einer solchen Genehmigung, die die Anwendbarkeit der genannten Bestimmungen zu rechtfertigen vermag, ist hier noch schwerer denkbar als dort.

§ 4.

# Schutz des Minderjährigen gegen ihm schädliche Verdingungen.

Der Gedanke, den Minderjährigen vor seiner eigenen Unerfahrenheit durch Beiordnung des gesetzlichen Vertreters zu schützen, birgt keine Gewähr gegen Gefahren, die dem Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter selbst drohen können, wenn dieser die ihm verliehene erhebliche Machtfülle mißbraucht oder nicht Einsicht genug besitzt, den Minderjährigen vor Schaden zu schützen. Denn gerade aus der Verdingung können erhebliche Gefahren erwachsen, da durch die die Gegenwart in entscheidender Weise bestimmende Anordnung mittelbar auch die Zukunft des Minderjährigen in bestimmte Bahnen gelenkt wird und ein etwaiger Mißbrauch der Kräfte des jugendlichen Körpers bleibende Schädigungen in dessen Erwerbsmöglichkeit nachziehen kann.

## I. Allgemeine Schutzvorschriften

bilden die §§ 1666, 1686, 1822 Nr. 6 u. 7 und 1837 BGB. Der Minderjährige soll nicht wehrlos dem überlegenen Willen des gesetzlichen Vertreters ausgesetzt sein. Wann freilich ein Mißbrauch des Rechts zur Personenfürsorge durch den Inhaber der elterlichen Gewalt oder eine Pflichtwidrigkeit des Vormundes vorliegt, dürfte eine so sehr von den einzelnen Umständen abhängige Frage sein, daß keine Grenzlinien zu ziehen sind. Man wird vielleicht sagen können, daß diese Voraussetzungen in den ganz kraß erscheinenden Fällen vorliegen, wo der Minderjährige ohne rechtfertigenden Grund aus einem bestimmten Erziehungsgang herausgerissen wird. So, wenn der Primaner ein Handwerk erlernen und deshalb in die Lehre gehen soll, oder der Handwerkslehrling mit Zustimmung des Meisters aus der Lehre genommen und als Knecht verdingt werden soll. Es kommt hierbei immer auf eine gewisse Abwägung wirtschaftlicher Möglichkeiten im Einzelfall und deren von einem

ordentlichen Erzieher zu erwartende Benutzung an. Nicht entscheidend kann daher ein Willenszwiespalt zwischen dem Minderjährigen und dem gesetzlichen Vertreter sein, und dessen Entscheidung über die Berufswahl ist, von jenen krassen Fällen abgesehen, auch dann bindend, wenn selbst der Minderjährige eine ausnahmsweise Begabung für einen anderen Beruf zeigen sollte, gegen den der gesetzliche Vertreter Bedenken trägt.

Nur beim Abschluß solcher Verträge, die neben der gesetzlichen Vertretung eine persönliche Mitwirkung des Minderjährigen erfordern, hat das Gesetz rein tatsächlich den Minderjährigen gegen eine ihm lästige Entscheidung in der Berufswahl geschützt, z. B. beim schriftlichen Abschluß des — im übrigen aber sonst auch gültigen, vgl. oben § 2 IV B 1 a — gewerblichen Lehrvertrags (§ 126 b Abs. 2 GewO.), der die Mitunterschrift des Lehrlings erfordert. Denn ein Lehrherr wird, schon abgesehen von den strafrechtlichen Folgen des § 150 Ziff. 4 a GewO., ohne schriftlichen Abschluß des Vertrages kaum gewillt sein, den Lehrling über die Probezeit hinaus zu behalten. Und auf gleicher Stufe steht die Bestimmung des § 1827 BGB., die auch den Zweck verfolgt, den Willen des Minderjährigen nicht ganz auszuschalten, und insofern auch zu einer Schutzvorschrift für ihn wird [148]).

Indessen wirken die angeführten Schutzbestimmungen des Vormundschaftsrechts doch mehr vorbeugend, und der Schade kann bereits eingetreten sein, wenn das Gericht einschreitet; denn selbst die dauernde Entziehung der Vertretungsgewalt gemäß § 1666 BGB. oder die Entlassung des Vormundes trifft zunächst nicht den einmal abgeschlossenen Verdingungsvertrag.

Hat der Vormundschaftsrichter oder der neuernannte Vormund die Möglichkeit, den Schaden dadurch zu beheben, daß er den Minderjährigen aus dem lästigen Vertragsverhältnis befreit? Offenbar ist dies — sofern nicht ein gleichzeitiger Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt, vgl. unten zu II — nur denkbar, wenn dem Rechtsgeschäft selbst ein mit dem Mißbrauch der Vertretungsgewalt begrifflich zusammenhängender Mangel anhaftet, der die Nichtigkeit auf Grund des § 138 BGB. herbeizuführen vermag.

Hierbei sind jedoch zwei Arten von Verträgen zu unterscheiden: solche, deren Charakter objektiv wegen ihres Inhalts gegen § 138 BGB. verstößt, und solche, bei denen lediglich für den betreffenden Minderjährigen in der Art der ihn bindenden Verdingung eine gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung liegt. Ersteres

---

[148]) Verstärkt wird dies noch durch § 59 FGG., der dem 14 Jahre alten Minderjährigen das Beschwerderecht verleiht.

trifft zu, wenn etwa der Vater seinen Sohn als Gehilfen für Diebereien verdingt oder seine Tochter an ein Bordell zur Unzucht vermietet. Hier unterliegt die Anwendbarkeit des § 138 BGB. keinen Bedenken.

Anders bei der zweiten Gruppe. Die Verdingung als solche, nämlich in den obigen Beispielen die Verdingung des Primaners als Lehrling oder des Lehrlings als Knecht, sind an sich nicht sittenwidrig. Nur der besondere Fall, die Absicht, den Schützling grundlos aus seiner Entwicklung heraus und in einen sozial niederer stehenden Beruf hinein zu zwingen, verstößt seitens des Handelnden gegen die guten Sitten. Man wird jedoch hier wieder zu einer Trennung der Fälle kommen müssen und unterscheiden, ob der Arbeitgeber den Vertrag in Kenntnis der Verhältnisse geschlossen hat oder nicht. Kannte er den Sachverhalt, so halte ich die Anwendbarkeit des § 138 BGB. für gegeben. Denn die Verdingung ist hier das Mittel zu der Verwirklichung jener gegen die gesetzliche Fürsorgepflicht verstoßenden Absicht des Gewalthabers, den Minderjährigen durch den aufgezwungenen Beruf zu erniedrigen. Es ist daher auch unerheblich, ob der Arbeitgeber selbst die Schädigungsabsicht hat oder nicht, da es ihm auch letzterenfalls nicht gestattet sein kann, einen gegen die Fürsorge für den Minderjährigen gerichteten Erfolg durch den Vertragsschluß herbeizuführen.

Anders jedoch, wenn der Arbeitgeber den Sachverhalt nicht kannte, selbst wenn er ihn hätte kennen müssen.

Zunächst sei darauf hingewiesen, daß praktisch dieser Fall allerdings selten eintreten wird, da der Vertragsgegner sich in der Regel über die Verhältnisse erkundigen und dabei feststellen wird, was der Minderjährige vorher gearbeitet hat. Indessen kann er erstens hierbei getäuscht werden[149]), und zweitens sind solche Fälle überall da denkbar, wo, wie bei großen Unternehmungen, ungelernte Arbeiter in unbestimmter Anzahl angestellt werden.

Da es sich hier nur um ein „relativ sittenwidriges Rechtsgeschäft" handelt[150]), so liegt nur in der Person des Gewalthabers ein unsittlicher Beweggrund vor, der, im Gegenteil zu dem oben Gesagten, den Bestand des zwischen ihm und dem Arbeitgeber abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nicht berührt. Hier ist für § 138 BGB. daher kein Raum[151]).

---

[149]) Dann hätte er selbst möglicherweise Gegenrechte (§§ 166 Abs. 1, 119, 123 BGB.), die im Erfolge zum Schutz des Minderjährigen führen würden, aber von seinem Willen abhängen.

[150]) Dick S. 122.

[151]) vgl. hierzu RGE. v. 30. 11. 1909 in SeuffArch. Bd. 65 Nr. 88; dazu v. Staudinger-Riezler Anm. 5 zu § 138.

Auch zu einer analogen Anwendung bietet sich m. E. nicht ohne weiteres Anhalt. Der Abs. 1 der Bestimmung scheidet hierfür aus, da bei aller Dehnbarkeit des Begriffes der guten Sitten doch letzten Endes ein Rechtsgeschäft nur dagegen verstoßen oder nicht verstoßen kann. Daher kann auch das Kennenmüssen des Sachverhalts im Sinne von Fahrlässigkeit (vgl. § 122 Abs. 2 BGB. im Gegensatz zu § 259 StGB.) nicht der Kenntnis des Arbeitgebers gleichgesetzt werden. Ob aber Kenntnis vorlag, unterliegt schließlich der freien Beweiswürdigung des Prozeßrichters. Eine Analogie mit einem anderen Verbot bietet sich aber auch nicht, insbesondere kann ein dem Wucher ähnlicher Zwang (§ 138 Abs. 2 BGB.) dann nicht erblickt werden, wenn der Minderjährige richtig entgolten wird. Erst wenn dies nicht zutrifft, kann man zu einer analogen Anwendung dieser Bestimmung gelangen, da die Abhängigkeit, in der sich Hauskind wie Mündel rechtlich und vor allem wirtschaftlich befinden, mit der Notlage, in der der Geschäftsfähige sich bewuchern lassen muß, verglichen werden kann. Dadurch jedoch, daß der Vertragsgegner den in der Ausbeutung liegenden Verstoß gegen die dem Muntwalt obliegende Fürsorgepflicht gewahr geworden ist, wird sich bereits die unmittelbare Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB. ergeben.

Der Grund dieses für den Minderjährigen nicht erwünschten Ergebnisses liegt in zweierlei: 1. handelt es sich um eine Folge der weit gezogenen Gewaltbefugnis, die der Vertretungsmacht des Muntwalts überall da innewohnt, wo er ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und ohne Mitwirkung des Minderjährigen Verdingungsverträge über diesen abschließen kann; 2. handelt es sich um einen Widerstreit zwischen den Interessen des Minderjährigen und denen desjenigen Vertragsgegners, der den Sachverhalt nicht kennt: vor den Interessen des letzteren, der dem Vertragsabschluß trauen darf, stehen die des Minderjährigen zurück.

Beide Momente greifen, sich gegenseitig fest bedingend, ineinander über und führen zu einer Art Schutz des gutgläubigen Dritten, ein Ergebnis, das immerhin das Unerfreuliche daran erträglich macht. Es wird daher zuletzt aus der Rechtsfrage eine Frage des Taktes für den Vormundschaftsrichter werden, den Schaden durch persönliches Eingreifen zu beheben. Und es ist anzunehmen, daß dies zumeist gelingen wird; denn sowohl der getäuschte Arbeitgeber wie das größere Unternehmen, das weniger individuell bei der Einstellung der Arbeitskräfte vorgeht, werden kaum die Aufhebung eines solchen Vertrages verweigern, zumal letzten Endes auch die öffentliche Meinung ausschlaggebend mitwirken dürfte.

## II. Schutzvorschriften bei bestimmten Verdingungsverträgen.

Sonderbestimmungen gelten für bestimmte Gewerbe. Soweit hier die Beschäftigung von Minderjährigen verboten ist, ist der Verdingungsvertrag nach § 134 BGB. nichtig. Daneben besteht in der Regel ein strafrechtlicher Schutz durch Bedrohung des gegen die getroffenen Bestimmungen verstoßenden Arbeitgebers.

1. Zum Abschluß des Heuervertrages muß der minderjährige Deutsche das 14. Lebensjahr vollendet haben (§ 7 Abs. 2 SeemO.)

2. a) Nach § 135 GewO. dürfen in Betrieben, in denen in der Regel mindestens zehn Arbeiter tätig sind, nur Minderjährige über 13 Jahren beschäftigt werden, wenn sie nicht mehr zum Besuche der Volksschule verpflichtet sind. Über die gezogene Altersgrenze hinaus bestehen aber noch weitere Schutzbestimmungen insofern, als Minderjährige unter 14 Jahren nicht über sechs Stunden täglich und solche unter 16 Jahren nicht über zehn Stunden täglich beschäftigt werden dürfen (§ 135 Abs. 2 u. 3 ebenda). Allgemeinere Schutzvorschriften verpflichten den Arbeitgeber zu hinreichender Rücksichtnahme auf Gesundheit und Sittlichkeit bei der Beschäftigung von Minderjährigen unter 18 Jahren (§§ 120c bis 120e GewO.) sowie zur Gewährung der Teilnahme am Fortbildungsschulunterricht (§ 120 GewO.). Doch sind dies öffentlichrechtliche Vorschriften, die den Verdingungsvertrag nur mittelbar beeinflussen. Hierher gehört es auch, daß der Arbeitgeber die beabsichtigte Beschäftigung jugendlicher Personen der Ortspolizeibehörde anzuzeigen hat (§ 138 GewO.) und die Übertragung von Arbeit außerhalb des Betriebes der Höchstbeschäftigungszeit des § 135 Abs. 2 u. 3 GewO. eingerechnet werden muß (§ 137a GewO.).

Unabhängig davon, ob es sich um einen Betrieb handelt, in dem wenigstens zehn Arbeiter beschäftigt werden, finden diese Bestimmungen dann Anwendung, wenn die Arbeit in Werkstätten erfolgt, in denen durch elementare Kraft bewegte Triebwerke nicht nur vorübergehend verwendet werden[152]).

b) Ergänzend hierzu tritt das Kinderschutzgesetz. Es beschränkt sich nicht auf die in § 134i GewO. genannten Betriebe, in denen mindestens zehn Arbeiter beschäftigt werden, und unterscheidet die Beschäftigung fremder und eigener Kinder. Bei ersteren bestimmt

[152]) Daneben bestehen spezialisiert für bestimmte Gewerbsarten Arbeitsverbote für Minderjährige, so z. B. bei der Verarbeitung von Bleistoffen, von deren gesonderten Aufzählung ich Abstand nehme, weil sie über den Rahmen der vorliegenden, nicht speziell das Gewerberecht behandelnden Arbeit hinausreichen und nicht juristisches, sondern nur praktisches Interesse bieten würde, ohne doch der gewerblichen Praxis damit genügen zu können. Vgl. die Zusammenstellungen bei v. Landmann und v. Rohrscheidt je im Anhang zu Bd. 2.

es als untere Altersgrenze das 12. Jahr mit der Maßgabe, daß Minderjährige von 12 bis 13 Jahren nur täglich drei, in den Schulferien vier Stunden, in der Zeit zwischen 8 Uhr vormittags und 8 Uhr abends, jedoch nicht vor dem Vormittagsunterricht beschäftigt werden dürfen (§§ 5, 7, 8 KinderschG.[153]). Die beabsichtigte Beschäftigung hat der Arbeitgeber auch hier gemäß § 10 Abs. 1 KinderschG. der Ortspolizeibehörde anzuzeigen. Bestimmte, in den §§ 4, 6 KinderschG. aufgezählte Betriebe scheiden bei der Dingung solcher Minderjähriger (§ 2 ebenda) überhaupt aus, die nicht das 13. Lebensjahr vollendet haben. Bei über 13 Jahre alten Minderjährigen muß jedoch, ebenso wie nach der Gewerbeordnung, noch hinzutreten, daß sie nicht mehr zum Besuch der Volksschule verpflichtet sind, so daß hier die landesrechtlichen Schulbestimmungen, soweit sie eine höhere Altersgrenze ziehen, den Schutz des Gesetzes erweitern[154].

Bei der Beschäftigung eigener Kinder ist die Altersgrenze auf zehn Jahre festgesetzt (§ 13 KinderschG.) und mit behördlicher Genehmigung kann der Umfang der für Kinder verbotenen Beschäftigungsarten verengert werden.

Zu beachten ist insbesondere, daß allen den aufgeführten gewerblichen Schutzgesetzen gemeinsam der Begriff der Beschäftigung ist. Es ist also nicht ein Vertrag vorausgesetzt. Hieraus folgt, daß bei den oben § 2 III gedachten Dienstverschaffungsverträgen, die auf § 1617 BGB. ruhen, dem Arbeitgeber des Vaters nicht etwa die milderen Bestimmungen der Beschäftigung eigener Kinder zugute kommen, da die tatsächliche Beschäftigung nicht beim Vater, sondern bei ihm erfolgt[155] [156].

---

[153]) Unberührt davon bleibt jedoch die strengere l. specialis des § 135 GewO. bei allen Verdingungen in den dort gemeinten Betrieben, vgl. Entsch. des Kammergerichts in GewArch. Bd. 7 S. 531 f. (533) und Bd. 8 S. 165 sowie den Erlaß des preuß. Handelsministers v. 14. 6. 1907 in GewArch. Bd. 7 S. 16, wo insbesondere die Worte „und in anderen gewerblichen Betrieben" des § 8 KinderschG. dahin ausgelegt werden, daß solche Betriebe nicht an sich schon gesetzlichen Beschränkungen der Kinderarbeit unterworfen sein dürfen. Ebenso v. Landmann Anm. 1 am Ende zu § 135.

[154]) Nach § 30 KinderschG. können durch Landesrecht noch besondere, über das Kinderschutzgesetz hinausgehende Beschränkungen der Beschäftigung Minderjähriger unter 13 Jahren in gewerblichen Betrieben erfolgen.

[155]) vgl. dazu Endemann Bd. 2 Anm. 27 zu § 196, wo der Fall etwas anders gedacht ist: der Vater läßt sich beim Kegelaufsetzen von seinem Kinde helfen. Hier verbietet § 16 Satz 2 KinderschG. die Beschäftigung, da es sich nicht um einen „Betrieb handelt, in dem in der Regel ausschließlich zur Familie des Arbeitgebers — d. h. des Vaters — gehörige Personen beschäftigt werden".

[156]) Für das Instverhältnis kommt das oben Gesagte, da es sich um landwirtschaftliche Arbeit handelt, nicht in Frage.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.